

# 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행: 사법심사가능성 비교연구

COURTS AND THE LEGAL ENFORCEMENT OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

COMPARATIVE EXPERIENCES OF JUSTICIABILITY



번역 및 감수 박찬운

HUMAN RIGHTS AND RULE OF LAW SERIES: NO. 2



INTERNATIONAL  
COMMISSION  
OF JURISTS

**경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행 :  
사법심사가능성 비교연구**

International Commission of Jurists(국제법률가위원회) 저  
국내 번역출판 국가인권위원회  
번역 및 감수 박찬운

이 책은 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)의 출판물로서, 동 위원회의 허락 아래 박찬운 번역, 국가인권위원회가 출판하는 것이다. 국제법률가위원회는 번역 과정의 오역이나 누락 및 원저작물과의 차이에 대한 책임이 없다. 원저작물과 번역물의 불일치의 경우에는 원저를 참고해주기 바란다.

This publication “경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행” is a translation by Chan-un Park and the National Human Rights Commission of the Republic of Korea. The ICJ bears no responsibility for errors or omissions that may occur in this translation or deviations from the original language version of the publication. In the case of discrepancies, please refer to the original edition.

## 원제명

Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights : Comparative experiences of justiciability

ISBN: 978-92-9037-125-0

Geneva, 2008

## 원저의 저자 및 협력인물 소개

### 자료 조사 및 저술 책임

---

Christian Courtis

### 초고 검토

---

Federico Andreu-Guzmán  
Jonathan Cooper

Wilder Tayler and Nicholas Howen

### 편집

---

Claire Mahon and Priyamvada Yarnell

### 국가별 연구 담당

---

Daniel Brand (*South Africa*)  
Usha Ramanathan (*India*)  
Carlos Rafael Urquilla (*Costa Rica*)

Carla de Marcelino Gomes (*Portugal*)  
Rodrigo Uprimny (*Colombia*)

### 기타 협력인물

---

Víctor Abramovich  
Om Aryal  
Fons Coomans  
Laure-Anne Courdesse  
Asbjørn Eide  
Christophe Golay  
Ulrik Halsteen  
Malcolm Langford  
Claire Mahon  
Yuval Shany  
Ana María Suárez Franco  
Duncan Wilson

Abdullahi An-N'aim  
Iain Byrne  
Jonathan Cooper  
Philip Dayle  
Chantal Gallant  
Gudrun Gudmundsdottir  
Jeff King  
María Ángeles Martín Vida  
Gerardo Pisarello  
Juana Sotomayor  
Alicia Yamin  
Sawsan Zaher

# 국제법률가위원회(International Commission of Jurists) 위원 명단

## 현재 집행부 및 위원

### ◆ President

Dr. Mary ROBINSON, *Ireland*

### ◆ Vice-President

Justice John DOWD, *Australia*  
Dr. Pedro NIKKEN, *Venezuela*

### ◆ Executive Committee

Dr. Rajeev DHAVAN, *India (Chair of the Executive Committee)*  
Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, *Serbia*  
Justice Unity DOW, *Botswana*  
Dr. Gustavo GALLÓN GIRALDO, *Colombia*  
Mr. Stellan GÄRDE, *Switzerland*  
Prof. Robert GOLDMAN, *United States of America*  
Ms. Karinna MOSKALENKO, *Russia*  
Justice Michèle RIVET, *Canada*  
Mr. Raji SOURANI, *Palestine*

### ◆ Other Commission Members

Mr. Muhannad AL-HASANI, *Syria*  
Mr. Ghanim ALNAJJAR, *Kuwait*  
Mr. Raja AZIZ ADDRUSE, *Malaysia*  
Prof. Abdullahi AN-NA'IM, *Sudan*  
Justice Solomy BALUNGI BOSSA, *Uganda*  
Mr. Abdelaziz BENZAKOUR, *Morocco*  
Justice Ian BINNIE, *Canada*  
Prof. Alexander BRÖSTL, *Slovakia*  
Justice Arthur CHASKALSON, *South Africa*  
Prof. Santiago CORCUERA, *Mexico*  
Prof. Louise DOSWALD-BECK, *Switzerland*

Justice Hisham EL-BASTAWISI, *Egypt*  
Prof. Paula ESCARAMEIA, *Portugal*  
Justice Elisabeth EVATT, *Australia*  
Prof. Jochen A. FROWEIN, *Germany*  
Mr. Roberto GARRETÓN, *Chile*  
Prof. Jenny E. GOLDSCHMIDT, *Netherlands*  
Prof. Michelo HANSUNGULE, *Zambia*  
Justice Moses HUNGWE CHINHENGO, *Zimbabwe*  
Ms. Asma JAHANGIR, *Pakistan*  
Ms. Imrana JALAL, *Fiji*  
Prof. David KRETZMER, *Israel*  
Prof. Kazimierz Maria LANKOSZ, *Poland*  
Mag. José Antonio MARTÍN PALLÍN, *Spain*  
Judge Charles MKANDAWIRE, *Malawi*  
Mr. Kathurima M'INOTI, *Kenya*  
Justice Sanji MONAGENG, *Botswana*  
Prof. Iulia MOTOC, *Romania*  
Prof. Vitit MUNTARBHORN, *Thailand*  
Prof. Manfred NOWAK, *Austria*  
Dr. Jorge Eduardo PAN CRUZ, *Uruguay*  
Prof. Andrei RICHTER, *Russia*  
Sir Nigel RODLEY, *United Kingdom*  
Mr. Claes SANDGREN, *Sweden*  
Mr. Belisário DOS SANTOS JUNIOR, *Brazil*  
Justice Philippe TEXIER, *France*  
Prof. Daniel THÜRER, *Switzerland*  
Prof. U. Oji UMOZURIKE, *Nigeria*  
Justice Vilenas VADAPALAS, *Lituania*  
Prof. Yozo YOKOTA, *Japan*  
Prof. Leila ZERROUGUI, *Algeria*  
Justice E. Raúl ZAFFARONI, *Argentina*

## 명예회원

Prof. Georges ABI-SAAB, *Egypt*  
Justice P.N. BHAGWATI, *India*  
Dr. Boutros BOUTROS-GHALI, *Egypt*  
Mr. William J. BUTLER, *United States of America*  
Prof. Antonio CASSESE, *Italy*  
Justice Marie-José CRESPIAN, *Senegal*  
Dato' Param CUMARASWAMY, *Malaysia*  
Dr. Dalmo A. DE ABREU DALLARI, *Brazil*  
Prof. Alfredo ETCHEBERRY, *Chile*  
Mr. Desmond FERNANDO, *Sri Lanka*  
Lord William GOODHART, *United Kingdom*  
Justice Lennart GROLL, *Sweden*  
Prof. Hans-Heinrich JESCHECK, *Germany*  
Mr. Louis JOINET, *France*  
Prof. P.J.G. KAPTEYN, *Netherlands*  
Justice Michael D. KIRBY, *AC, CMG, Australia*

Prof. Kofi KUMADO, *Ghana*  
Prof. Jean Flavien LALIVE, *Switzerland*  
Justice Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *Canada*  
Dr. Rudolf MACHACEK, *Austria*  
Prof. Daniel H. MARCHAND, *France*  
Mr. J.R.W.S. MAWALLA, *Tanzania*  
Mr. François-Xavier MBOUYOM, *Cameroon*  
Mr. Fali S. NARIMAN, *India*  
Sir Shridath S. RAMPHAL, *Guyana*  
Mr. Bertrand RAMCHARAN, *Guyana*  
Prof. Christian TOMUSCHAT, *Germany*  
Mr. Michael A. TRIANTAFYLIDIS, *Cyprus*  
Prof. Theo VAN BOVEN, *Netherlands*  
Prof. Luzius WILDHABER, *Switzerland*  
Dr. José ZALAQUETT, *Chile*

## 〈역자 서문〉

사회권은 우리의 헌법과 국제인권규약이 보장하는 기본적 권리이다. 그러나 사회권은 자유권과는 다르다는 생각이 팽배하다. 지금까지도 사회권을 단순히 프로그램적 권리로 이해하는 사람은 거의 없지만 실질은 그 수준에서 크게 달라진 바가 없다. 무엇보다 사회권은 재판규범으로 사용하기가 어렵다는 것이 현실이다. 이제껏 우리 사법기관이 인권침해와 관련한 사건에서 헌법상 혹은 국제인권규약상의 사회권 침해라는 결론을 내린 것을 발견하기가 어렵다는 사실이 바로 그 증좌이다. 그러나 아무리 사회권을 권리라고 말해도 현실 세계의 사회권은 단지 국가의 정책목표를 선언한 수준 그 이상이 아니다. 현 시점에서 국내의 사회권에 대한 성격 논의는 21세기 복지국가의 권리체계와는 영 결맞지 않는다고 할 수 있다.

그러나 눈을 돌려 국제인권법적 상황을 살펴보면 사회권은 자유권과의 비교에서 이미 그 본질적인 차이를 극복하고 권리성을 확보했다고 할 수 있다. 이러한 움직임은 80-90년대 림버그 원칙이나 마스트리히트 원칙 등에서 확인되었고, 사회권규약위원회 등 국제인권기구에 의해서도 여러 차례에 걸쳐 확인된 바 있다. 사회권은 자유권과 본질적인 차이가 없으며 필요한 경우 사법기관에서 충분히 심사하여 그 위반 여부를 판단할 수 있다는 것이다.

이 책은 지난 20년간 국제인권법 영역에서 괄목한 발전을 거듭한 사회권의 성격에 관한 연구보고서이다. 특히 사회권의 사법심사가능성에 관한 국제인권법의 일반적인 상황과 각국의 판례 등을 광범위하게 조사하여 소개함으로써 사회권의 권리성을 인식하는 데 크게 공헌하고 있다. 비록 소책자이지만 이 내용을 따라가다 보면 사회권의 성격에 관한 국제사회의 흐름과 각국의 논의를 일목요연하게 정리할 수 있다. 만일 이러한 내용이 우리나라의 학계와 재판실무에 사용될 수 있다면 대한민국의 사회권 논의 수준은 크게 고양될 것으로 기대된다.

이 번역 작업을 함에 있어 무엇보다 뜻깊은 일은 역자가 몸담고 있는 한양대학교 법학전문대학원의 우수한 학생들과 공동작업을 하게 된 것이다. 우리 로스쿨 학생들은 전국 로스쿨 중 제일 먼저 인권법연구회를 만들어 활동할 만큼 인권법 연구에 관심이 많다. 이런 학생들 중 4명이 이 번역 작업을 도왔다. 1기생인 위은숙, 이정환, 이준국, 정서연이 바로 그 주인공이다. 2009년 여름 방학 기간 중 이들은 교수와 함께 이 책자를 읽어가면서 출중한 영어실력으로 번역 작업을 도왔다. 이들의 도움이 없었다면 빠른 시간 내에 이 책의 번역은 어려웠을 것이다. 깊이 감사드리고 향후 법률가로서 대성하길 기대한다.

끝으로 역자가 이 책자를 번역할 수 있었던 것은 국가인권위원회의 의뢰에서 비롯된 것임을 알리고자 한다. 원저를 접한 후 번역의 필요성은 느꼈지만 바쁜 일정으로 뜻을 이루지 못하였는데, 마침 인권위의 번역 의뢰와 격려로 인해 작업이 이루어진 것이다. 인권위 관계자 분들에게 깊이 감사드린다.

2009년 여름  
한양대학교 법학전문대학원 연구실에서

박 찬 운

# ◆ 목 차 ◆

역자 서문 .....	iii
주요 번역어-원어 대조표 .....	ix
<b>제1장. 재판에서의 사회권(서론)</b> .....	1
1. 본 보고서의 목적 .....	3
2. 본 보고서의 구조 .....	7
3. ‘심사가능성’의 정의: 침해에 대해 구제받을 권리 .....	8
(1) 독립적이고 공정한 기구의 정의 .....	11
4. 사회권과 자유권의 비교 .....	13
(1) 적극적 의무와 소극적 의무 .....	14
<b>제2장. 사회권의 내용 정의: 재판의 기초가 되는 사회권</b> .....	17
1. 사회권의 발달 - 역사적 관점 .....	17
사회권의 대체로서의 노동법? .....	18
2. 사회권의 애매성에 대한 비판 .....	19
(1) 사회권의 법규적 정의 .....	22
(2) 사회권의 내용 정의에 있어서 국제적 조약기구와 국제적 전문가들의 역할 .....	23
1) 사회권의 내용을 설명하기 위한 국제기준의 국내적 이행 .....	24
2) 일원론적 체계 (‘Monist’ systems) .....	24
3) 이원론적 체계 (‘Dualist’ systems) .....	25
3. 헌법조항 상의 인권의 정의 - 개관 .....	25
4. 사회권에서 도출된 의무 내용부여 수단으로서 자의성금지원칙 .....	27

<b>제3장. 사회권의 내용 정의 II : 국내·국제 법원과 심판기관에서의 발달</b> .....	29
1. 핵심내용 또는 최소핵심의무 .....	29
2. 즉시이행의무와 사회권의 점진적 실현의무 .....	32
(1) 즉시이행의무 .....	33
(2) 주거권과 즉시이행의무 .....	34
(3) 노동권과 즉시이행의무 .....	35
(4) 사회권의 점진적 실현의무 .....	36
3. 퇴보 조치의 금지 .....	37
4. 사법심사의 기준으로서의 ‘합리성’, ‘적정성’, 그리고 ‘비례성’ .....	42
(1) 목적과 수단에 대한 사법 심사 .....	43
(2) 그루트붐 사건 : 적절한 주거에 대한 권리 .....	47
(3) Treatment Action Campaign (TAC): 건강권 .....	49
5. 심사가능성과 국가의 부작위 .....	50
6. 존중, 보호, 충족 의무 .....	52
(1) 존중의무 .....	52
(2) 사회권의 존중의무: 관련 판례들 .....	53
(3) SERAC and CESR v Nigeria 사건 .....	55
(4) 보호의무 .....	56
(5) 사회권 보호의무 - 관련 판례들 .....	57
(6) Etcheverry v. Omint 사건 .....	60
(7) 충족의무 .....	60
(8) 충족의무 - 관련 판례들 .....	61
(9) Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal 사건 .....	65
7. 비차별적 대우와 법에 의한 동등 보호 .....	67
(1) ‘의심되는 범주’(suspected categories) .....	67
(2) 비차별적 대우와 법에 의한 동등한 보호 - 관련 판례들 .....	68
(3) 주거와 사회보장수당 분야에서의 차별대우 .....	68
(4) 차별대우와 노동권 .....	70
(5) 성적 취향에 따른 차별과 사회권 .....	71

8. 공공서비스 제공에서의 불평등 : 새로운 해석 .....	72
9. 적극적 조치 혹은 특별조치 .....	74
(1) 사회권에 부기된 절차 보장 .....	76
(2) 공정한 재판을 받을 권리와 사회권 .....	77
10. 요약: 법원이 사회권의 내용을 형성하는 다양한 방법 .....	79

#### **제4장. 사회권 내용의 정의 III: 실제의 인권 불가분성**

- 자유권을 통한 사회권의 간접적 보호 - .....	81
1. 건강권과 자유권 보호 .....	81
2. 주거권과 자유권 보호 .....	83
3. 교육권과 자유권 보호 .....	85
4. 사회 보장권과 자유권 보호 .....	86
5. 노동조합권과 노동권 및 자유권 보호 .....	86
6. 기본적 복지 서비스와 자유권과의 관계 .....	88

#### **제5장. 사회정책의 법적 규범에의 부합과 법원의 역할** .....

1. 권력 분립 논쟁 .....	90
(1) 권리에 기초한 관할권에서의 ‘법’과 ‘정치’ .....	91
(2) ‘정치적 문제’ .....	92
(3) 사법부 역할의 정의 .....	94
(4) 상위법과 하위법 : 법제도의 위계적 구조 .....	94
(5) 사회권 이행에서의 법관의 역할 .....	95
2. 사회권 분야에서 재판을 위한 또 다른 상황 .....	96
(1) 법령 조항의 적용과 준수 .....	96
(2) 법원은 사회권을 보장하기 위하여 적극적 의무를 준수하지 않을 경우 강제할 방법을 갖고 있는가? .....	100
(3) 부분적 부작위와 불규칙적 준수 .....	101
(4) 견제와 균형 .....	103
3. 예산 분배와 사법 구제책의 구체성의 정도 .....	104

4. 사법 구제에서의 정도와 구체성 .....	105
5. 사법소극주의와 사회권의 이행 .....	106
<b>제6장. 절차상의 도전과 해결책 .....</b>	<b>110</b>
1. 사회권 문제와 관련한 갈등에 대응하고 해결하기에는 법관들이 비전문적이라는 주장 .....	112
2. 사회권 관련 결정을 국가의 행정기관에게 강제하기에는 사법부에 제도적 한계가 있다는 주장 .....	113
3. 사회권을 보호하기 위한 몇몇 전통적인 절차적 메커니즘의 절차상 한계와 부적절성 .....	115
(1) 전통적인 절차적 메커니즘의 한계 .....	115
(2) 행정상의 자유재량 .....	116
(3) 사회권 영역의 복잡한 문제를 다루는데 있어 재판절차의 부적절성 .....	116
(4) 절차개혁과 비교법 연구의 발전을 통한 교훈 .....	118
(5) 국내 법원에서 국가의 지위 .....	121
<b>제7장. 국내영역의 사회권의 사법심사가능성과 국제인권법 .....</b>	<b>123</b>
1. 국내영역에서의 사법심사가능성과 국제인권법: 그에 대한 평가 .....	123
2. 국제인권의 발전과 국내 영역에서의 사법심사가능성 .....	126
3. 사회권을 위한 국제인권법의 가치 .....	126
4. 사회권규약을 위한 이행 메커니즘의 창설 .....	127
5. 결론 요약: 사회권의 사법심사가능성을 강화하기 위한 전략 .....	129
<b>판례목록 .....</b>	<b>133</b>
국내 법원 .....	133
국제 법원과 조약기구 .....	143

## [ 주요 번역어 - 원어 대조표 ]

번역어	원어	약어
각료위원회	Council of Ministers	
개인진정제도	individual complaints mechanism	
결사의 자유	right to freedom of association	
국제노동기구	International Labour Organisation	ILO
국제법률가위원회	International Commission of Jurists	ICJ
기본권	constitutional or fundamental rights	
노동조합 결성 및 가입권	right to form and join trade union	
노동조합권	trade union rights	
동등 보호 원칙	equal protection principle	
림버그 원칙	Limburg Principles	
마스트리히트 원칙	Maastricht Guidelines	
무기 대등	equal of arms	
미국	United States of America	USA
미주인권재판소	Inter-American Court of Human Rights	
미주인권협약	American Convention on Human Rights	
방갈로 선언 및 행동계획	Bangalore Declaration and Plan of Action	
보스니아-헤르체고비나 인권부	Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina	
보호의무	duties to protect	
사생활과 가족생활을 존중할 권리	right to the respect of private and family life	
사회구조법	Social Assistance Act	

번역어	원어	약어
사회권	Economic, Social and Cultural Rights	ESCR
사회권규약	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	ICESCR
사회권규약선택의정서	Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	OPICESCR
사회권규약위원회	United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights	CESCR
사회권에 관한 미주인권협약 추가의정서	Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights	
생계권	right to livelihood	
세계보건기구	World Health Organisation	WHO
신체의 완전성에 관한 권리	right to personal integrity	
(사법)심사가가능성	justiciability	
아동권리위원회	United Nations Committee on the Rights of the Child	CRC
아동권리협약	Convention on the Rights of the Child	CRC
아프리카인권위원회	African Commission on Human and Peoples' Rights	
아프리카인권헌장	African Charter on Human and Peoples' Rights	
엄격심사	heightened scrutiny	
여성차별철폐협약	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women	CEDAW
영국	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	UK
유럽사회헌장	European Social Charter	
유럽인권협약	European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms	ECHR

번역어	원어	약어
유엔	United Nations	UN
이주자인권협약	Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families	
인종차별철폐위원회	United Nations Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	CERD
인종차별철폐협약	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	ICERD
일반논평	General Comments	GC
자유권	Civil and Political Rights	CPR
자유권규약	International Covenant on Civil and Political Rights	ICCPR
자유권규약위원회	United Nations Human Rights Committee	HRC
자유롭게 개성 신장할 권리	right to the free development of personality	
장애인교육법	Individuals with Disabilities Education Act	IDEA
장애인권리위원회	Committee on the Rights of Persons with Disabilities	
장애인권리협약	Convention on the Rights of Persons with Disabilities	CRPD
점진적실현의무	duties linked with the progressive realization	
존중의무	duties to respect	
즉시이행의무	duties of immediate effect	
최소핵심의무	minimum core duties	
충족의무	duties to fulfil	
캐나다인권헌장	Canadian Charter of Rights and Freedoms	
퇴보조치	retrogressive measures	
프로그래밍적 권리	'programmatic' rights	

## 제1장. 재판에서의 사회권(서론)

국제법률가위원회(ICJ)는 사회권(ESC)<sup>1)</sup>이 자유권(CPR)만큼 진지하게 받아들여져야만 한다고 일관되게 인정하고 옹호해왔다. 사회권은 1948년의 세계인권선언의 채택이래로 국제인권의 한 부분이 되어왔다. 그러나, 자유권에 비해, 사회권에 대해서는 그 내용과 그것을 실행하기 위한 보호장치 개발에 대한 관심이 상당히 낮았다. 본 보고서에서 논의할 국제인권시스템에서의 이러한 차이는 법적 이유가 아니라 정치적 이유에서 기인했다. 즉, 이러한 차이의 원인은 주로 과거의 냉전 체제에서 자유권에 대한 서방국가들의 두드러진 태도에 있었다. 그 결과, 사회권의 심사가능성(justiciability)이라는 개념은 간과되거나 대부분 무시되어왔다. ‘심사가능성’이란 권리침해가 있었고, 앞으로도 침해가 예상된다면, 권리침해의 피해자들이 독립적이고 공정한 기구에 진정을 제기하여 적절한 구제책과 그 구제책의 실행을 요구할 수 있는 것을 말한다.

만약 자유권과 사회권을 동등한 지위에 있는 것으로 본다면, 자유권과 사회권 간 심사가능성의 차이를 없애는 것이 중요하다. 이에, 본 보고서는 아래 사항들을 설명하고자 한다.

- 사회권은 재판의 대상이 될 수 있다.
- 재판하는 것이 바람직하다.
- 그러한 재판은 이미 세계 많은 법정에서 다양한 수준으로 실행되고 있다.

---

1) 본 보고서는 ‘사회권’이란 용어로 ‘economic, social and cultural rights’(ESCR)를 사용한다(한국어는 ESCR을 사회권으로 번역하지만, 경제적 및 문화적 권리를 제외하는 것은 아니다). ‘ESCR’은 사회권규약과 보편적인 인권 기구들에서 사용되는 용어로, 인권법의 영역에서 통상적으로 받아들여진다. 어떤 헌법적 전통에서는 다른 용어들이 보다 빈번하게 사용된다. 그러한 용어들로는 ‘social rights’, ‘socio-economic rights’, ‘fundamental social rights’, ‘welfare rights’, ‘welfare benefits’ 등이 있다. 영미법계 국가들은 사회권을 기초적(‘fundamental’) 혹은 헌법적(‘constitutional’)이라고 인정하기 꺼려하지만 사실은 이러한 권리들이 이미 법률에 포함되어 있고 헌법에도 종종 반영되어 있다. 본 보고서에서 살펴볼겠지만, 사회권의 재판은 미국, 캐나다, 영국과 같은 불문법계 국가에서도 드문 일이 아니다. 특히, 교육권이나 장애인 권리와 같은 특정 영역에서는 특히 그렇다.

본 보고서는 사회권의 심사가능성에 대한 전통적 반대 견해들을 분석하고 반박할 것이다. 이러한 반대 견해의 일부는 학문적 영역에서 논쟁되어왔다<sup>2)</sup>. 이런 반대견해들은 사회권규약선택의정서 채택에 관해 UN에서 진행되는 논의를 비롯해 다양한 포럼에서 국가들의 입장을 알게 해준다. 사회권규약선택의정서는 국제적 전문가위원회가 이런 권리들을 심사할 수 있도록 하는 진정절차를 확립시킬 것이다<sup>3)</sup>. 그리고, 이런 반대 견해들은 국내적 측면에서도 중요성을 가진다. 이 견해에 따르면 사회권이 침해되더라도 소송의 활용을 억제하고 사회권의 증진과 보호는 사법기구가 아니라 정치기구에 맡겨야 한다는 것이다.

본 보고서는 다양한 종류의 판례를 제시하여 그 동안 주장되어온 장애들에도 불구하고 전 세계의 법정이 사회권을 어떻게 재판해오고 있는지 알아볼 것이다. 본 보고서에서 강조된 판례들은 아래의 목적을 위해 선택되었다.

- 노동 관련 권리를 비롯해서, 건강권, 주거권, 교육권, 식량권, 문화권 등 다양한 종류의 사회권을 제시한다. 본 보고서는 다양한 권리들을 관찰함으로써, 일반적으로 사회권이 심사가능성이 없다는 포괄적 가정이 잘못되었다는 것을 보여주고자 한다. 그리고 관련된 특정 권리뿐 아니라 그러한 가정에 모순되는 다양한 예들을 보여줄 것이다.
- 세계의 서로 다른 지역들을 제시한다. 서로 다른 국내 상급 법원, 지역인권 법원, 그리고 개인, 그룹 혹은 집단 진정을 검토하는 권한을 가진 국제 모니

---

2) 다른 관점을 제시하는 문헌으로 A. Neier, "Social and Economic Rights: A Critique", *Human Rights Brief* 13-2 (2006), 1-3; G. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago Press, Chicago, 1991; C. Tomuschat, "An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?", in *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 815-834 참고.

3) 이 절차에 대한 개관을 위해, <http://ohchr.org/english/issues/escr/intro.htm> 참고; NGO측면을 살펴보기 위해, <http://www.opicescr-coalition.org> (ICJ를 포함하여 사회권규약 선택의정서에 대한 NGO 연대의 홈페이지) 참고; [www.icj.org](http://www.icj.org) 참고.

터링 기구 등에서 생성된 판례들을 제시할 것이다.

본 보고서에서 강조된 판례들은 사법결정(예: 국내·국제 재판소의 결정)과 준사법결정(예: 유엔조약기구<sup>4)</sup>)을 모두 포함한다.

사법결정과 준사법결정은 서로 다르지만, 절차적으로나 최종 결과의 법적 가치 측면에서 본 보고서의 내용상 중요한 공통 특징을 갖는다. 즉, 두 결정은 모두 국가가 법적의무를 준수하는지 여부를 판단하는데 사회권이 그 기초가 될 수 있다는 것을 보여준다.

## 1. 본 보고서의 목적

사회권의 심사가능성에 대해 가장 일반적이고 널리 퍼져있는 몇 가지 반대견해를 제기함에 있어, 본 보고서는 모든 이슈들을 다 다루지는 않을 것이다. 여기서 다룰 세 가지 주요 주제는 국가가 국내에서 사회권의 보장을 거부할 때, 사회권 침해의 피해자가 준사법 국제기구에 진정제기를 가능케 하는 선택의정서에 대한 토론에서 몇 국가에 의해 제기된 다양한 반대견해들에 초점을 맞춘 것이다. 이런 반대견해들은 3가지 측면으로 나눌 수 있다.

- 사회권 내용의 불확실성에 대한 주장
- 사법부가 국가의 정치적 영역에서 결정된 사회정책의 문제를 실제로 재판하는데 부적절하고, ‘권력분립’하에서 법원이 다른 영역을 침해하지 않아야

---

4) 그러한 조약기구로는 자유권규약위원회(Human Rights Committee), 고문방지위원회(Committee against Torture), 인종차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Racial Discrimination) 및 여성차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Discrimination against Women) 등이 있다. 최근에 채택된 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)은 새로운 조약기구로 장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities)를 만들었다. 이는 또한 사회권에 관한 판례의 중요한 출처로 작용할 수 있을 것으로 보인다. 이들 조약기구는 조약을 비준한 국가가 조약상의 의무들을 어떻게 이행하고 있는지를 조사하는 독립적인 전문가 그룹이라 할 수 있다.

한다는 우려

- 사회권 판결의 집행이 사실상 어렵고 무용하며 심지어 무의미하기까지 한다는 사법처리에 있어서의 절차적 어려움과 한계

본 보고서의 논의는 소송이 국가가 사회권에 관한 의무를 준수하도록 보장하는 유일한 수단으로 채택되어야 한다는 것으로 해석되어서는 안된다. 이것은 다른 권리들에 있어서도 그렇듯이, 너무 단순할 뿐 아니라 완전히 부적절하다. 법원 단독으로 건강, 식량에 대한 접근, 주거, 교육과 같은 영역에서 이뤄지는 공공정책의 계획 및 실행을 감독할 수는 없다. 그러한 정책을 개발하고 강화하기 위해서는 국가의 행정영역과 입법영역에서의 토론과 행동이 필요하다. 자유권도 그 실행을 위해서는 입법화와 서비스의 실행이 필요하다는 데에는 사회권과 동일하므로 입법·행정영역의 개입필요성이 심사가능성에 반하는 결정적인 논거가 될 수는 없다.

소송은 자유권에서 그런 것처럼 사회권에서도 집행과 실행을 위한 별도의 독립적인 수단이다. 사회권에는 사법적 혹은 준사법적 보호가 승인되어서는 안되고, 국가의 정치영역의 재량에 맡겨야 한다는 믿음은 왜 사회권이 사법체계 내에서 평가절하 되어온 주요 이유 중 하나이다. 법원과 소송이 사회권을 실현하는 유일한 수단으로 여겨져서도 안 되지만, 이러한 사회권의 심사가능성 부인은 다음과 같은 결과를 낳는다.

- 권리침해의 피해자가 구제와 배상을 받을 수 있는 메커니즘의 범위를 좁힌다.
- 국가의 책무성(accountability)을 약화시킨다.
- 권리침해를 억제하는 기제를 약화시킨다.
- 침해에 대한 불처벌을 확산시킨다.<sup>5)</sup>

---

5) Bangalore Declaration and Plan of Action, para. 14: “독립된 사법부는 사회권의 효과적인 실행을 위해 필수불가결하다. 사법부가 사회권 실현을 보장하는 유일한 수단은 아니지만, 독립된 사법부의 존재

사회권의 침해에 대해 법원과 심판기관의 판단을 완전히 배제하는 것은 “국제 인권규범이 요구하는 적절한 기준에 일치하는 독립된 사법부와 법률가들이 인권을 완전하고 비차별적으로 실현하는데 필수적”이라는 생각과 서로 양립할 수 없다.<sup>6)</sup>

본 보고서는 또한 국내 영역에서 사회권의 심사가능성에 관련된 결정들이 어떻게 국제적인 수준에서 도움을 줄 수 있으며, 그 역으로 국제적 결정들이 어떻게 국내 수준에 도움을 주는데 기능할 수 있는지 알아본다. 사회권은 세계적으로 이미 많은 헌법과 법령에서 승인되어 왔다.<sup>7)</sup> 한편, 국제기구들이 사회권의 내용을 개발하는 것은 몇몇 국내 관할권에서 심사가능성에 대해 갖고 있는 부정적인 편견을 극복하는 데 도움이 될 수 있다.

국내 영역에서의 판례들 또한 UN이 1966년에 두 개의 서로 다른 규약, 즉 자유권규약과 사회권규약을 채택함으로써 확립된 국제인권법상의 가정을 풀어낼 뿐만 아니라 명확하게 하는 데 도움을 줄 것이다.

사회권의 심사가능성에 대한 반대 견해들은 두 개의 서로 다른 규약들의 채택 뿐만 아니라 자유권규약이 국가들에게 선택의정서를 비준케 함으로써 개인진정제

---

는 법에 의해 그러한 권리를 실행하는데 있어서 법률가들이 효과적으로 관여하기 위해 중요한 조건이다. 그런 일들은 민감하고 논쟁이 되며, 서로 경합하고 충돌하는 이익과 가치사이의 균형을 요구하는 것이다.”

Bangalore Declaration and Plan of Action은 1995. 10. 23~25, 인도 방갈로에서 ICJ에 의해 개최된 사회권과 법률가의 역할에 관한 회의가 끝난 후 발표된 것이다.

6) Vienna Declaration and Programme of Action (비엔나세계인권대회에서 채택됨), June 25, 1993, para. 27.

7) 헌법에 사회권을 승인한 국가: Argentina, Belarus, Belgium, Bolivia, Brazil, Bulgaria, Cape Verde, Chile, Colombia, the Democratic Republic of Congo, Costa Rica, Croatia, the Czech Republic, Denmark, Ecuador, El Salvador, Estonia, Ethiopia, Finland, France, Germany, Greece, Guatemala, Honduras, Hungary, India, Indonesia, Ireland, Italy, Japan, the Republic of Korea, Latvia, Lithuania, Macedonia, Mexico, Mongolia, Morocco, Mozambique, the Netherlands, Nicaragua, Norway, Paraguay, Peru, Poland, Portugal, Romania, Russia, Senegal, Slovakia, Slovenia, South Africa, Spain, Syria, Switzerland, Thailand, Uruguay, Venezuela.

도를 받아들이도록 한 것과 달리 사회권규약은 그렇지 못하다는 사실에 의해서도 국제적으로 강화되었다. 유럽과 미주의 시스템과 같은 지역인권시스템 역시 심사될 수 있는 것은 주로 자유권이고 따라서 진정 메커니즘의 대상이 되는 권리의 종류가 제한된다는 견해를 나타내었다.

따라서, 본 보고서는 사회권 침해에 대한 국제적 구제방안의 지속적인 체계화 과정으로 나아가는 문이 될 것이다. 즉, 자유권에 대한 관심과 사회권에 대한 관심 사이의 역사적인 간극을 좁히는 과정이다. 사회권의 영역에서도 재판하는 것이 가능하다는 것을 보여줄 것이다. 또한 국가들이 국제인권조약의 기준을 통해서건 국제관습법의 승인을 통해서건 사회권을 국내 헌법이나 입법에서 승인하였을 때 그러한 재판을 어떻게 보장해야만 하는지를 보여준다.

여기에서 제기된 논의들은 사회권규약선택의정서를 지지하는데 이용될 수 있고, 사회권이 침해되었을 때 피해자가 사법적 구제방안을 진정하기 위해 가능한 선택권을 넓히기 위한 여러 과제들을 위해서도 이용될 수 있을 것이다.<sup>8)</sup>

더욱이, 남김없이 열거하려고 하지는 않았지만, 본 보고서에 포함된 판례는 사법전문가, 지지그룹, NGO 등에 유용할 것이다. 따라서, 본 보고서는 아이디어를 끌어내는 비교 연구적 수단으로 사용될 수 있다. 판례들은 서로 다른 관할권에서 성공적인 것으로 증명된 소송에서 몇몇 전략들을 보여준다. 법관들뿐 아니라 실무전문가들도 이런 판례 모음이 사회권의 영역에서 비교법적 결정의 유용한 원천이 된다는 것을 알게 될 것이다. 더구나 국내적으로든 국제적으로든 사회권으로부터 나온 의무들을 따르는데 있어서 사법심사가 무엇을 의미하는지를 정부가 실무적으로 이해하는데 도움이 될 것이다. 나아가, 이러한 이해는 사회권규약선택의정서를 기안하고 채택하는 지속적인 과정에도 도움을 줄 것이다.

---

8) 여기에는 사회권의 심사가능성을 확대하는 새로운 사법해석이나 피해자에게 행정기구나 준사법 혹은 사법기구에 진정을 제기할 가능성을 인정해주는 법규 등이 포함된다.

본 보고서는 인권 관련 훈련과 교육에 유용할 수 있다. 특히 인권법의 영역에서 선례를 함께 다룬 자료가 귀한 상황에서는 더욱 그러하다.<sup>9)</sup> 국내적으로든 국제적으로든 전 세계의 서로 다른 법원과 심판기관의 예들은 사회권의 심사가능성이 어떻게 많은 관할권에서 시작되고 벌써 현실이 되었는지를 보여줄 것이다.

## 2. 본 보고서의 구조

이후 전개될 3개의 장에서 우리는 전 세계의 법원과 인권조약기구가 사회권의 내용과 의미를 정의해온 서로 다른 방식들을 관찰할 것이다. 권리와 의무에 부과된 내용은 어떤 권리에 관한 재판에서도 사전 조건이 된다.

- 제2장은 모호성과 불확실성이라고 주장되는 것에 기초한 사회권의 심사가능성에 대한 도전들을 상세하게 다룬다. 사회권의 애매한 본성이라고 주장되는 가정을 설명할 것이다. 그것은 사회권의 역사적 발전에 대한 분석과 노동법과 같은 영역과의 관계에 대한 분석을 포함한다. 전통적으로 주장되는 사회권의 가정에 맞서기 위해 그 내용을 정의할 수 있는 다양한 방식들이 또한 논의될 것이다.

---

9) 본 보고서에 채택된 유용한 출처: V. Abramovich and C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2nd ed., 2004); F. Coomans (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems* (Antwerp: Intersentia-Maastricht Centre for Human Rights, 2006); Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies* (Geneva: COHRE, 2003); COHRE, "Leading cases in Economic, Social and Cultural Rights: Summaries" (Geneva, COHRE. Working Papers N° 4, 2006); Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), "Recent developments in the field of social rights", background paper prepared by the Special Rapporteur for the CDDH, Ms. Chantal Gallant, CDDH (2006)022, Strasbourg, October 17, 2006; ESCR-Net Case law Database, available at <http://www.escr-net.org/caselaw/>; Y. Ghai and J. Cottrell (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Practice: The Role of Judges in Implementing Economic, Social and Cultural Rights* (London: Interights, 2004); M. Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law* (New York: Cambridge University Press, forthcoming 2008); and G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías; Elementos para una reconstrucción*, (Madrid: Trotta, 2007).

- 제3장은 여러 측면에서 이 보고서의 핵심이다. 여기서는 사회권의 내용이 법원에 의해 어떻게 정의되어 왔는지, 사회권의 심사가능성에 관련된 문제들이 어떻게 극복될 수 있는지 그리고 법원이 사회권을 청구인에게 어떻게 보장할 수 있었는지에 대해 상세하게 탐구한다.
- 제4장은 자유권이 사회권의 일정한 측면을 확실히 포함하고 있는 것으로 해석함으로써 사회권을 간접적으로 보장하는 오랜 전통이 이미 법원에 존재한다는 것을 밝혀준다.
- 제5장은 법원이 권리에 의해 보장된 법적 규범에 반하여 사회권에 악영향을 주는 사회정책에 대해 왜 그것의 잘못을 판단할 수 있는 지를 살펴본다.
- 제6장은 사회권 보장의 절차적, 구조적 어려움을 극복하는 대책들을 설명한다.
- 마지막 장에서는 국제적인 수준에서의 특정 이슈들을 조사하고, 사회권을 실행하기 위한 UN체제에 대한 필요성을 밝힌다.

### 3. ‘심사가능성’의 정의: 침해에 대해 구제받을 권리

‘심사가능성’이란 권리침해가 있었고, 앞으로도 침해가 예상될 때 독립적이고 공정한 기구에 구제방안을 진정할 수 있는 가능성을 의미한다. 심사가능성은 승인된 권리를 보장하는 절차에 대한 접근성을 의미한다. 심사 가능한 권리는 권리자에게 의무자가 의무를 준수하지 않는 때에는 언제든지 그들을 강제하도록 하는 일련의 법적조치를 부여한다.<sup>10)</sup> 법적 구제방안의 존재는 충분히 성숙된 권리

10) 확장된 사법적 권리보호는 피해자를 대신하거나 공익을 위해 피해자가 아닌 사람에 의해 제기되는 소송 등 다른 형태의 재판을 포함할 수 있는데, 피해자가 어떠한 역할을 하지 못하는 경우에는 피해자가 진정한 권리보유자라는 생각에 매우 부정적 영향을 미친다.

의 결정적 특징이다. 이러한 법적 구제방안은 침해가 발생하거나 곧 발생할 것 같을 때 절차적 구제방안(적절한 법원이나 심판기관에 대한 유효한 접근성)을 제공하고 피해자에게 적절한 배상을 주는 과정으로 이해될 수 있다.<sup>11)</sup>

그러한 법적 구제방안은 관련된 문제가 인권의 침해(인권은 인간 존재의 조건과 정체성에 내재된 권리로 정의됨)일 때 특히 중요하다. 이러한 이유에서 많은 인권기구들은 인권침해의 경우에 구제받을 권리를 명시적으로 제공한다.<sup>12)</sup> 구제받을 권리는 그 자체로서 모든 다른 인권들을 효과적으로 보호하기 위해 가장 근본적이고 필수적인 권리들 중 하나로 간주된다.<sup>13)</sup> 기본권의 보호에 관해 유사한

---

11) 예를 들어, 국가의 책임을 정의하는데 있어 획기적 사건인 1차 세계대전 종전 후 the Lusitania 사건의 중재의견은 “모든 개인적 권리 침해는 손상을 수반하며, 모든 손상은 법률이 구제조치를 취해야 한다는 것이 시민법과 보통법의 일반원칙이다”라고 결정했다.

Mixed Claims German-American Commission, *Decision in the Lusitania Cases*, November 1, 1923, *Recueil des sentences arbitrales*, Volume VII, p. 32, at 35. 참조; 구제받을 권리의 개관을 위해, International Commission of Jurists, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations. Practitioners Guide N° 2* (Geneva: International Commission of Jurists, 2006: available in English, French and Spanish.) 참고.

12) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2(3); Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Article 13; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 6; International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Articles 12, 20 and 24; Universal Declaration of Human Rights, Article 8; United Nations Principles Relating to the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary, and Summary Executions, Principles 4 and 16; Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Principles 4-7; Vienna Declaration and Programme of Action, Article 27; Programme of Action of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Articles 13, 160-162 and 165; Declaration on Human Rights Defenders, Article 9; European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), Article 13; Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 47; American Convention on Human Rights, Article 25; American Declaration of the Rights and Duties of Man, Article XVIII; Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, Article III(1); Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, Article 8(1); African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 7(1)(a); Arab Charter on Human Rights, Article 9 참고.

13) Report of the UN Special Representative of the Secretary-General on Human Rights Defenders, A/56/341, September 10, 2001, para. 9; Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, E/CN.4/2002/83, January 31, 2002, para. 116.

자유권규약위원회는 국가비상시에 발생하는 인권침해에 대해 일반논평 29에서 강조했다. 즉, 구제받을 권리는 “전체적으로 규약에 내재된 조약상 의무”를 구성하고, 비상시에도 “국가는 유효한 구제방안을 제공할 규약상(제2조 제3절)의 근본적인 의무를 준수해야 한다.”는 것이다. HRC, General

조항들은 전 세계 많은 헌법에서 발견할 수 있다.<sup>14)</sup> 사회권규약위원회는 일반논평 9에서 다음과 같은 의사를 표시하고 있다.

“그러나 이러한 유연성(역자 주: 사회권 이행에 관한 국가의 의무는 다양한 방법이 있다는 것임)은 각 당사국이 규약에서 인정된 권리를 실행하기 위하여 가능한 모든 수단을 사용할 의무와 함께 존재한다. 이런 점에서 국제인권법의 기본요건을 반드시 염두에 두어야 한다. 따라서, 동 규약의 규범들은 반드시 적절한 방식으로 국내법질서에 승인되어야 하고, 고통 받는 모든 개인이나 집단이 적절한 방식의 배상 또는 구제방안들을 반드시 이용할 수 있어야 하며 또한 정부의 책임을 확실하게 하는 적절한 수단이 반드시 존재해야 한다.”<sup>15)</sup>

잘 확립되어 있는 것처럼, 법적조치의 결과로 인정되는 다양하고 많은 구제방안들에는 다음과 같은 것들을 포함한다.

- 사전 예방조치 (preventive measures)
- 금지명령 (injunctions)
- 금전적 보상 (monetary compensation)
- 행정처벌 또는 형사처벌<sup>16)</sup> (administrative penalties or criminal punishment)

---

Comment N° 29, States of Emergency (Article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para. 14 참고.

14) 남아프리카공화국 헌법은 이에 대한 명확한 예를 제공한다. 38장은 아래와 같다.

“권리의 실행은:

이 장에 열거된 사람은 누구나 권리장전 상의 권리가 침해되거나 위협받고 있다는 것을 관할법원에 주장할 권리를 가지며, 법원은 권리의 선언을 비롯한 적절한 구제책을 결정할 수 있다. 법원에 주장할 수 있는 사람은 다음과 같다.

- (a) 스스로의 이익을 위해 행동하는 사람
- (b) 스스로의 이름으로 할 수는 없으나 다른 사람을 대신해서 행동하는 사람
- (c) 집단의 일원으로서 혹은 집단의 이익을 위해 행동하는 사람
- (d) 공익을 위해 행동하는 사람
- (e) 그 구성원의 이익을 위해 행동하는 단체”

15) CESCR, General Comment N° 9, *The domestic application of the Covenant* (Nineteenth session, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998), para. 2.

심사가능성 있는 권리가 개입된 모든 사례들에는 분명한 공통요소들이 있다. 본질적으로 권리자(혹은 그의 대리인)는 권리로부터 발생한 의무들이 준수되지 않고 있다고 생각할 때 공정하고 독립적인 기구에 진정을 제기할 수 있어야 한다는 것이 그것이다.

### (1) 독립적이고 공정한 기구의 정의

어떤 기구가 심사대상이 되는 작위나 부작위 주체에게 쉽게 영향 받거나 지배되지 않을 때 그 기구는 독립적인 것이다.<sup>17)</sup> 공정한 기구란 일방을 위한 치우침 없이 법과 사실에 의해서만 결정을 내릴 수 있는 것을 말한다. 공정하고 독립적인 기구는 의무자가 본인의 의무를 수행하지 못한 것으로 간주되면 명령(본 명령은 작위, 부작위, 지불할 것에 대한 요구 등)을 내릴 수 있을 만큼의 충분한 법적 권한을 가져야 한다. 이런 의미에서, 명령을 강제하는 것이 아닌 제안이나 권고를 하는 정도의 권한은 권리의 심사가능성을 확립시키는 절차의 정의로는 부족할 것이다.<sup>18)</sup> 현대 국가에서 행정심판소, 중재자, 준사법기구들과 같은 다른 절차들도 위와 같은 기준을 충족한다면 이러한 기구에 해당할 수 있지만, 이러한 기능은 법원에 의해 가장 빈번하게 수행되어진다.<sup>19)</sup>(역자 주: 이런 면에서 이하에

16) 본 목록은 단지 예시적인 것임. 전체 개관을 위해서는 International Commission of Jurists, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations. Practitioners Guide N° 2* (Geneva: International Commission of Jurists, 2006) 참고.

17) 이와 관련된 전체적 개관을 위해서는 International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors: Practitioners Guide N° 1* (Geneva: International Commission of Jurists, 2007) 참고.

18) 이런 요건이 국내영역에서 구제방안의 적정성을 정의하는 데는 채택될 수 있지만, 현 국제법 분야에서는 그런 특징을 갖고 있지 않다. 국제 법원이나 국제 준사법 기구들 모두 아직 국가들에게 그들의 결정이나 심사결과를 실제로 강제할 힘을 갖고 있지 않다. 그러나, 국제 판례는 여전히 의미가 있다. 국제 법원이나 준사법기구들이 결정을 강제할 수 있는 정도는 낮지만, 그들은 어떤 사실적 상황이 권리와 의무의 위반이 되는지를 결정하는 역량을 국내법원들과 공유하기 때문이다.

19) 1965년 방콕에서 열린 법의 지배하의 대의제 정부의 기본요건에 대한 국제회의 후에 ICJ(국제법률가위원회)가 발표한 선언에 이런 생각이 명확히 정리되어 있다.

“대의제 정부라는 틀에서 개인의 자유와 존엄에 대한 보장은 다음과 같은 사항을 요구한다.

- 법의 지배가 보편화된 국가에서는 기본적 권리와 자유가 성문헌법에서 보장되어 있든 없든 이를 보호하기 위해 효과적인 장치가 있어야 한다.

서 이 책에서 사용되는 ‘justiciability’라는 용어는 단순히 ‘심사가가능성’이라는 용어로 번역되기 보다는 ‘사법심사가가능성’으로 번역되는 것이 옳을 듯싶다. 그래서 이하에서는 특별한 경우를 제외하고는 ‘사법심사가가능성’이라는 용어를 우선적으로 사용하였음을 밝힌다.)

권리의 심사가가능성은 진정이 인용될 정도의 자격을 의미하는 것이 아니다. 그보다 심사가가능성은 권리 침해의 주장이 독립적이고 공정한 기구에 의해 판단될 수 있는 가능성을 나타낸다. 바꾸어 말하면, 심사가가능성은 그러한 진정이 선형적으로 배제되지 않을 것을 요한다. 그 진정의 최종 결과는 주장의 실질과 증거에 달려있다. 진정이 심사될 수 있을지라도(즉, 심사가가능성이 있을지라도) 독립적이고 공정한 기구는 그 진정이 법이나 사실의 측면에서 잘못되었다는 것을 여전히 결정할 수 있다.

- 
- 잘 정립된 헌법적 관습이나 전통에 의해 제공되는 보호수단이 적절하지 않은 나라들에서는 보장된 권리와 이를 강제하기 위한 사법절차가 성문헌법에 편입되도록 하는 것이 바람직하다.
  - 정부가 기본적 권리와 자유를 침해하는 행위를 자체적으로 자제해야 하는 것은 사실이지만, 법, 정부 등의 작위가 그런 권리와 자유를 침해하는지에 대한 최종 결정은 법원에 귀속되어야만 한다.” 법의 지배에 의해 통치되는 사회에서 최종적인 개인의 보호는 깨어있고, 독립적이고 용기있는 사법부와 신속하고 효과적인 사법행정의 제공에 달려있다. International Commission of Jurists, “Basic requirements of representative government under the Rule of Law”, para. 10, Bangkok Conference, 1965, Committee I, in International Commission of Jurists, *The Rule of Law and Human Rights: Principles and Definitions* (Geneva: International Commission of Jurists, 1966), p.8 참고.

## 4. 사회권과 자유권의 비교

사회권의 심사가능성에 반대하는 주장들을 논의하기 전에 사회권의 특성에 관한 주장에 깔려있는 일반적인 가정들을 우선 논평할 가치가 있다. 사회권이 심사될 수 없다고 주장하는 사람들은 이런 권리의 내용과 그에 부과된 의무가 모두 매우 유사하다고 가정하는 경향이 있다. 그러나, 여기 인정된 사회권들을 살펴보면 그 반대임을 알 수 있다. 즉, 사회권에 의해 부과된 의무들은 수많은 다른 방식으로 작동한다. 그것들은 다음과 같은 것들을 포함한다.

- 자유를 제공하는 것
- 국가에게 제3자에 관한 의무를 부과하는 것
- 특정한 결과를 달성하거나 조치를 취할 의무를 국가에 부과하는 것 등<sup>20)</sup>

따라서, 많은 측면에서 사회권은 자유권규약, 유럽인권협약, 미주인권협약 등의 조약문서에 규정된 자유권과 정확히 동일한 방식으로 접근되어야 한다. 이들

---

1993년에 United Nations Vienna Declaration and Programme과 UN총회의 결의에서도 유사한 생각들이 나타난다.

“사법집행과 검찰, 특히 국제적인 인권 협정서들에 포함된 적절한 기준들에 맞는 독립된 사법부와 법률전문가들을 포함하는 사법 운영은 인권의 완전하고 비차별적인 실현에 중요하고, 민주주의와 지속가능한 발전의 진행을 위해서도 불가결한 것이다.”

Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna, June 25, 1993, para. 27.; UN General Assembly resolutions 50/181 of December 22, 1995 and 48/137 of December 20, 1993, entitled “Human rights in the administration of justice”참고.

본 성명서의 의미에 대한 상세한 개관을 위해서는 International Commission of Jurists, International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors: Practitioners Guide N° 1 (Geneva: International Commission of Jurists, 2007), pp. 17-61 참고; 온라인에서는 [http://icj.org/news.php3?id\\_article=3649&lang=en](http://icj.org/news.php3?id_article=3649&lang=en) 참고.

- 20) 예를 들어, 사회권규약 혹은 개정 유럽사회헌장, 사회권에 관한 미주인권협약 추가의정서(산살바도르 의정서)등과 같은 인권문서 등에 의해 제공된 권리의 목록. 물론 이런 문서의 목록이 한정적인 것은 아니며, 사회권이 이 출처들에 한정되어 발견된다는 것을 의미하지 않는다. 사회권은 다음과 같은 다양한 인권문서에서도 발견된다. 특정한 사회권 문서(예:ILO협약), 자유권을 인정하는데 초점이 맞춰진 문서(예:자유권규약, 유럽인권협약, 미주인권협약), 사회권과 자유권사이에 어떤 중요한 구분을 두지 않는 여러 문서 등이 그러하다(예: 세계인권선언, 미주인권선언, 아프리카인권헌장, 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약, 이주자인권협약 및 장애인권리협약).

조약에서 제시된 자유권은 개인의 자유 보장, 국가의 특정 행위 금지, 제3자에 관한 의무 부과 뿐만 아니라 입법 및 여타 조치를 채택할 의무 또는 서비스나 제도에 대한 접근제공의무 등 광범위한 의무를 확립하였다.

### (1) 적극적 의무와 소극적 의무

대체로 사회권이나 자유권 어느 것도 의무 또는 실행의 단일 모델을 제공하지 않는다. 어떤 특정한 권리도 부작위, 작위, 혹은 급부의 의무와 같이 단일한 국가 의무로 축소될 수는 없다. 자유권은 오직 소극적 의무만을 부과하고 사회권은 오직 적극적 의무만을 부과한다는 전통적인 구분은 정확하지 않다. 모든 인권은 일련의 적극적, 소극적 의무들을 포함한다. 어떤 특정한 권리가 그것과 연결된 오직 한 종류의 의무를 갖는다고 말하는 것은 옳지 않다. 사회권의 심사가능성에 대한 부정적 견해는 전체적으로 자유권과 사회권 사이의 차이를 너무 과대평가한 잘못된 구분에 기초한다.

사회권규약위원회는 사회권규약에서 규정된 어떤 권리(자유권이나 사회권으로 간주되는지 여부에 상관없이 잠재적으로 존재하는 다른 인권들을 포함)에 의해 부과된 서로 다른 수준의 의무들을 체계적으로 분석하였다. 아래에서 설명되듯이, ‘존중의무’, ‘보호의무’, ‘충족의무’와 같은 개념은 국가들의 다양한 의무들을 이해하는 틀을 제공하고 이로 인해 심사가능성이 실제로 적용될 수 있도록 여러 가지의 방법들을 제공한다. 그러한 개념들은 또한 어떤 종류의 의무들이 심사가능성이 낮은지를 좀 더 정확하게 알려 주지만(이것은 자유권에서 발생한 권리들에서도 동일하게 말할 수 있다), 그것이 사회권과 관련된 어떠한 의무도 법적으로 실행될 수 없다는 것을 의미하지는 않는다.

이런 점은 사회권의 심사가능성에 대해 앞으로 더 많아질 반대의견들에 약간의 빛을 비춰준다. 즉, 사회권은 자주 서비스, 금전, 그 외 일종의 혜택들의 제공

과 동등시되었다. 그러나, 자유권도 서비스나 지불에 대한 접근성과 같이 비슷한 측면들을 가지고 있다. 그렇다고 이러한 측면들이 일반적으로 자유권의 심사가능성을 부정하는 데 사용된 적은 결코 없었다. 서비스, 금전, 또는 일종의 혜택들을 제공하는 의무가 재판과 양립할 수 없다는 생각도 또한 오도된 것이다. 특정 사회권의 요소들을 재판하는 것이 쉽지 않다 하더라도, 이것이 전체적으로 사회권의 심사가능성을 부정할 이유는 아니다.

사회권규약위원회는 이러한 생각을 일반논평 9에서 요약해놓고 있다.

“자유권과 관련하여, 일반적으로 위반에 대한 사법적 구제는 당연한 것으로 받아들여진다. 유감스럽게도, 사회권에 관하여는 이와 반대되는 가정을 하는 경우가 자주 있다. 이러한 불일치는 규약상 권리의 성격에 의해서나 관련 규약의 규정에 의해서도 정당화되지 않는다. 위원회는 이미 동 규약의 다수의 규정이 즉각적 이행이 가능하다는 점을 분명히 밝혔다. 그리고, 그 예로 일반논평 3(1990)에서 제3조[모든 사회권의 향유에 대한 남녀의 동등한 권리], 제7조 (a) (i) [정당한 임금과 동일가치 노동에 대한 동등보수], 제8조[노동조합을 결성하고 가입할 권리], 제10조 3항[차별없는 특별 보호조치에 대한 아동의 권리], 제13조 2항(a) [무상초등교육에 대한 권리], 제13조 3항 [자녀의 학교를 선택할 부모의 자유], 제13조 4항 [교육기관을 설립할 개인과 집단의 자유], 제15조 3항[과학 연구와 창작 활동의 자유]을 언급하였다. (중략) 각 법률체계의 일반적인 접근법을 고려할 필요가 있으나 대부분의 체계에서 최소한 몇 가지 사항에 대해서는 사법심사 가능한 차원이 고려될 수 없다는 규약상 권리는 없다. 자원의 배분과 관련된 문제는 법원보다는 정치당국에 맡겨져야 한다고 종종 제안되고 있다. 정부의 다양한 부문에 대한 권한이 반드시 존중되어야 하나 법원이 이미 중요한 자원과 연루된 상당한 범위의 사안에 이미 일반적으로 관여하고 있음을 인정하는 것이 타당하다. 따라서, 사회권을 그 정의에 따라, 법원의 힘이 닿지 않는 곳에 두려는 이런 엄격한 분류의 채택은 임의적이며, 두 가지 인권 규약이 불가분의 관계이며 상호의존

적이라는 원칙에도 부합하지 않는다. 이는 또한 사회 내에서 가장 취약하고 혜택 받지 못한 집단의 권리를 보호하는데 있어서 법원의 권한을 급격하게 축소시키는 것이다.”<sup>21)</sup>

---

21) CESCR, General Comment N° 9, *The domestic application of the Covenant* (Nineteenth session, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998), para. 10.

## 제2장. 사회권의 내용 정의: 재판의 기초가 되는 사회권

본 장은 사회권의 애매성과 불확실성 문제에 기초해서 사회권의 심사가능성에 대한 도전들을 상세하게 다룬다. 이런 억측을 다루는데 있어서, 본 장은 역사적 관점과 노동법 등의 영역과의 관계에서 사회권의 발달을 살펴볼 것이다. 그리고, 권리들을 일반적으로 정의할 수 있는 다양한 방식과 사회권의 내용을 명확히 하기 위한 적용에 대해 논의할 것이다.

### 1. 사회권의 발달 - 역사적 관점

사회권의 영역에서 법이론을 구축하는 일은 법의 다른 영역에서 재판을 위한 기준을 세우는 일과 다르지 않다. 법관과 법률가들이 적용해온 유용한 기준과 표준은 환경법, 소비자법, 노동법, 건강법 등에서 발달해오고 있다. 이것들은 전체적으로 사회권에 무엇이 가능한지에 대한 좋은 예들을 제공해준다.

사회권의 영역에서 법규, 판례 또는 법이론이 충분하지 않은 것은 사회권의 비 심사가능성적인 속성에 연결되어 있는 어떤 근본적인 문제 때문이 아니라 이데올로기 때문이다. 우리가 현재 이해하고 있는 법이 주로 18-19세기에 자본주의적 시장구조에 법적 토대를 제공하면서 발전했다는 것은 명확하다. 이것은 오늘날 법률교육과 학문적 담론의 지배적 토대로 남아있다. 불법행위와 기타 위법행위, 계약법, 재산법은 로스쿨에서 여전히 기본과정을 구성하고 있다. 몇몇 제한된 국가만이 복지국가 기능을 위한 법적 기초를 발달시키는 데에 우선순위를 놓고 있다. 이것은 사회권을 직접적으로 이행할 수 있는 권리가 아닌 프로그램적 권리('programmatic' rights)<sup>22)</sup>로 이해하는 결과를 낳았다. 때문에, 사회정책을 고안하고

22) 이런 원칙에 따라, 많은 헌법적 전통에서는 여전히 권리들을 실행하기 위해서는 국가의 정치적 영역이 필요하고, 권리보유자에게는 법원에 진정할 자격을 주지 않는 프로그램적 권리라는 것이 지배적이다. 사회권이 헌법과 인권조약 등에 포함되어 있음에도, 이런 식으로 불완전한 혹은 법적효

실행하는 기준은 정치영역의 완전한 재량에 맡겨지게 되었다. 복지국가를 위한 법적 기초가 풍성한 국가에서조차도 사회권에 관한 뚜렷한 법학분야가 없는 실정이다.

## 사회권의 대체로서의 노동법?

왜 사회권이 많은 나라들의 헌법에서 인정되었음에도, 사회권 내용에서 일관된 개념적 발달이 없었는지에 대한 이유를 설명할 수 있는 또 다른 역사적 요소가 있다. 20세기에 복지국가를 수립하는데 전념해온 선진국이나 개발도상국 모두 노동문제에 집중된 재분배모델을 통해서 사회복지를 실행했다. 노동시장에서 노동자들의 강력하고 조직화된 지위는 권리의 분배, 소득이전, 그리고 주거, 소비자 신용, 사회보험, 의료서비스와 같은 사회적으로 지향된 서비스들에 대한 접근성을 확보해주었다. 이에, 개인 및 집단의 노동관련 권리들의 내용을 발전시키려는 노력이 있었다. 사실, 노동권의 정의는 국제적 영역에서도 상당한 관심을 받았다. 그것은 주로 국제노동기구(ILO)에 의한 협약과 권고문들의 채택을 통해 이뤄졌다. 헌법, 그 외 법률, ILO 협약과 문서들은 부당해고로부터 보호받을 권리, 산업 안전보건권, 산재보상권, 노조설립과 가입의 권리, 파업권, 단체교섭권 등과 같은 권리들의 내용을 명확히 했다.

그러나, 노동시장 외에서는 건강권, 식량권, 주거권 등과 같은 권리들이 별도로 발달할 수 있는 여지가 거의 없었다. 이것은 부분적으로는 그러한 권리들이 노동자의 보충적 권리로 여겨지거나 노동자들의 지위에 종속되어 있는 것으로 간주되었기 때문이다.<sup>23)</sup> 때문에 사회권은 노동자 운동에 포섭되어졌고, 본래 그 자체로 별개의 심사가능한 권리가 되지는 못했다.

---

력이 없는 권리로 간주되는 일이 빈번하다.

23) 이점에 대해 좀 더 광범위한 논의를 위해, V. Abramovich and C. Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), Chapter 1 참고.

더구나, 소위 복지국가의 ‘황금시대’에는 적절한 연봉과 근무조건을 보장하는 것이 전체 구성원의 기본적 필요를 간접적으로 충족시키는 주요한 전략이라고 일반적으로 이해되었다. 그러나 불행히도, 지난 20세기동안 노동시장의 상황은 선진국이든 개발도상국이든 모두 이러한 전략의 한계들을 보여주었다. 장기화된 높은 실업율, 불안정한 임시직의 높은 비중, 비공식부문의 중요성 등은 건강, 주거와 같은 사회적 재화와 정규직에 대한 접근성을 억제하는 전략의 성공에 의구심을 갖게 한다. 이런 전략 하에서 상대적으로 부유하고 안전한 종신직의 지위를 가진 사회그룹들은 사회적 혜택에 훨씬 잘 접근할 수 있다. 한편, 가장 사회적으로 취약한 그룹들은 그들의 보호가 사회적 권리라는 개념의 주요한 정당화근거였음에도 종종 그들의 기본적인 필요를 충족하기도 어렵다. 그러나, 이런 상황은 점차 변화하고 있다. 고용상황과 무관하게 누구나 기본적 필요는 충족시킬 수 있어야 한다는 사회적 인식이 커지고 있다. 이러한 이해는 새로운 사회정책의 정교화를 이끌 수 있다. 그리고, 흥미롭게도 이것은 건강권, 주거권, 식량 및 물에 대한 권리 같은 몇몇 사회권의 정의에 대해 높아지고 상세화된 관심을 불러일으킨다.

## 2. 사회권의 애매성에 대한 비판

사회권의 심사가능성에 대한 일군의 반대는 그 권리가 너무 애매하고 불확실해서 그 내용이 적절히 확정될 수 없다고 주장한다. 결과적으로 그런 권리는 심사(재판)될 수 없다는 것이다. 이런 관점에 따르면, 자유권은 그 실현을 위해 요구되는 것이 무엇인가에 대해 명확한 지침이 있지만, 사회권은 단지 염원과 정치적 목표를 제시한 것일 뿐이다. 즉, 사회권의 내용은 곧잘 변하고 재판을 위해 요구되는 확실성을 결여하고 있는 것이다. 예를 들어, 건강권이냐 주거권과 같은 권리는 명확한 뜻을 전혀 갖고 있지 않고, 어떤 작위 혹은 부작위가 해당 권리에 합치하는지 아니면 어긋나는 것인지(즉, 어떤 작위 혹은 부작위가 권리를 충족시키는지 아니면 권리를 침해하는지)를 결정할 수 있는 명확한 기준도 제공하지 않

는다고 한다.

이런 주장의 실체에 대해 주의 깊은 검토가 필요하다. 사회권의 정확한 내용에 대한 전문성의 부족과 거기서 비롯된 법적의무의 결여는 사법적 집행을 심각하게 방해할 수 있다. 권리보유자와 의무담지자를 식별하지 못한 것과 함께 권리의 내용과 범위에 대한 조건을 명확히 하지 못하면 사법적 집행은 어려울 것이다. 사법적 의사결정 과정은 특정의무의 준수여부를 평가하는데 사용할 수 있는 상대적으로 명확한 ‘판단규칙’을 필요로 한다. 이런 판단규칙 없이는 재판과 법 형성을 구별하는 것은 어려워 보인다.

그러나, 권리의 내용과 범위에 대한 의문은 오직 사회권에 관해서만 문제되는 것은 아니다. 모든 권리의 내용은 그것이 자유권 혹은 사회권으로 분류되는 것과 무관하게 항상 충분히 정확한 것이 아니다. 이것은 많은 법 규정이 광범위한 용어와 일정 정도는 불가피하게 보편적 어휘를 사용하기 때문이다.<sup>24)</sup> 따라서, 재산권, 표현의 자유, 평등, 적법절차의 원리와 같은 ‘고전적’ 권리들도 사회권과 같은 정도로 이런 장애에 직면한다. 그러나, 이것이 ‘고전적’ 권리들이 권리가 아니라거나 그런 권리들을 사법적으로 실행할 수 없다는 결론을 이끄는 것은 결코 아니다. 오히려, 그런 권리들의 의미를 정의하는데 목표를 둔 일련의 제도를 통해 이런 권리들의 내용과 한계를 명확하게 하도록 지속적인 노력이 이어진다(예를 들면, 성문법제정, 행정규제, 판례, 법이론 등의 발달 등이 있다).<sup>25)</sup>

24) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961; 2nd edition with postscript by J. Raz & P. Bulloch (eds.), Oxford: Oxford University Press, 1994, Chapter VII); G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964) 45-60; I. Trujillo Pérez, “La questione dei diritti sociali”, in *Ragion Pratica* 14, 2000, at p. 50.

25) 사회권 내용을 개념적으로 발전시킬 가능성, 예를 들어 노동권에 대해, R. Sastre Ibarreche, *El derecho al trabajo* (Madrid: Trotta, Madrid, 1996). For the right to health, see, B. Pezzini, “Principi costituzionali e politica della sanità il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute”, and M. Andreis, “La tutela giurisdizionale del diritto alla salute”, in: C.E. Gallo and B. Pezzini, (comps.), *Profili attuali del diritto alla salute* (Milano: Giuffrè 1998).

사회권의 범위와 내용을 규명하는데 있어서, 국제법률가위원회(ICJ)는 국제법률가위원회 방갈로 선언 및 행동계획(ICJ Bangalore Declaration and Plan of Action)에서 다음과 같은 원칙을 제시했다.

“법집행이 좀 더 쉽도록 사회권의 여러 측면을 상술하는 것은 법적 기술과 상상력을 필요로 한다. 이를 위해서는 법적 의무와 침해의 구성요건 및 진정요건을 정확히 정의하고 제시해야 한다. 그리고, 권리행사의 남용이나 실패를 다루는 전략을 개발해야하며, 바람직한 목표를 확실히 달성하기 위해 법적 수단을 제공해야 하다.”<sup>26)</sup>

역설적으로, 사회권은 실행하기 어려운 것이라는 오래된 관념으로 인해 많은 국가에서는 사회권 해석을 위한 원칙을 정의하는데 있어서 사법적 노력이 부재하게 되었다. 이들 권리에 부여된 단지 수사적인 가치와 사법부 및 법학계의 이들 권리 해석에 대한 무관심 때문에, 교육권, 적정 수준의 건강권, 주거권 및 식량권 같은 권리들을 이해하는데 도움이 되는 개념은 거의 발달되지 못했다. 그러나, 이런 권리들을 실무적으로 제대로 정교화하지 못했다고 해서 그것이 사회권은 그 근본적인 성격 때문에 전체적으로 전혀 정의될 수 없다고 하는 주장을 정당화시켜주지는 않는다. 그럼에도 사회권의 내용은 정의될 수 없고 그런 이유로 그들 권리를 정의하는 데 노력할 수 없었다고 비판가들은 주장한다. 그리고 실용적인 정교화의 부족은 이제 사회권이 심사가능하지 않다고 주장하는데 사용되었다.

이 분야에서 과거에 법이론의 부족이 문제를 만들었다면, 보다 최근의 점증하는 각 국 판례들은 사회권의 내용을 구체화하는데 좋은 기준을 제공하고 있다. 많은 나라에서 건강, 주거, 소비자 권리, 환경권에 관한 대법원이나 하급법원의 선례들이 10여 년 전에는 거의 알려지지 않았던 영역에서 많은 소송을 촉진시키

---

26) Bangalore Declaration and Plan of Action, para. 18(2), 1995.

고 있다. 이러한 결정들 중 일부는 이후 장에서 좀 더 상세하게 살펴볼 것이다.<sup>27)</sup>

## (1) 사회권의 법규적 정의

법의 지배와 권력분립의 원칙 아래에서 권리의 내용과 범위를 정의하는 것은 주로 입법부의 직무이고, 그 후에는 행정입법에 의해 정교화 된다. 예를 들어, 19 세기에 대륙법 전통의 각국 국회는 재산권의 내용, 범위, 한계를 정의했다. 민법은(영미법계 국가들에서도 유사하게 재산법, 불법행위, 계약법등) 재산의 취득, 변동, 소멸의 방법과 소유권자의 특권과 의무 그리고 재산상의 손해에 대한 배상 등을 정의한다. 이런 일반적, 추상적, 보편적인 기준을 개발함으로써 사회권을 정의하는데 있어 이와 유사한 입법 및 행정 과정을 적용하는데는 어떤 개념적 장애도 없다. 입법부는 사회권의 범위를 설명할 수 있고 설명해야만 한다.<sup>28)</sup>

이런 접근이 일부 국가들에서 채택되고 있다. 예를 들어, 건강 서비스가 제공해야만 하는 치료의 종류와 정도를 법에서 정의해줌으로써 건강권에 의미를 부여하는 시도가 있다.<sup>29)</sup> 일단 사회권의 내용이 법적으로 정의되어지면, 사회권이 사

---

27) Bangalore Declaration and Plan of Action, para. 18(3) 참고:

“적절하게 행해진 구체적 조치들 중에서 아래와 같은 것들이 인정되었다: (중략) 당사자적격에 대한 법규를 고치고 시험사례를 통해 공익소송을 장려하는 것(예:인도)은 정치과정이 사회권에 관심을 갖도록 자극하고, 촉진시키고, 그런 심리가 우선순위를 가질 수 있도록 한 것이다.”

28) the Bangalore Declaration and Plan of Action, para. 18(3) 참고:

“적절하게 행해야 할 구체 조치들 중에서 아래와 같은 것들이 인정되었다: (중략) 3.2 다른 국내법을 정확하고 심사가가능한 용어로 개정하여 사회권을 정의하여 사회권이 사법개혁의 영향을 쉽게 받을 수 있는 방향으로 나아갈 것.”

그 이전에 1965년에 방콕에서 열린 ICJ의 회의에서 다음 성명서가 채택되었다.

“세계인권선언에 포함된 것들처럼 이미 발표된 몇몇 사회권 기준들은 헌법과 법규 등에 의해 법적강제 혹은 규제를 받아왔다. 그러나, 점진적으로 적절한 입법과 법적 제도 및 절차를 발전시켜 ‘법의 지배’하에서 이러한 기준들이 유지되고 실행되어야 할 필요가 있다.”

“Economic and social development within the Rule of Law”, adopted in the Conference of Bangkok, 1965, Committee II, in International Commission of Jurists, *The Rule of Law and Human Rights: Principles and Definitions* (Geneva: International Commission of Jurists, 1966) p. 44 참고.

29) Argentina, Laws (*leyes*) 23.660 and 23.661, Presidential Decrees (*Decretos presidenciales*) 492/95 and 1615, Ministerial Resolutions of the Ministry of Health and Social Action (*Resoluciones del Ministerio de Salud y Acció Social*), 247/96 and amendments (542/1999, 157/1998, 939/2000 and 1/2001); Canada, Canada

법재판에 어떠한 기초도 제공하지 못한다는 인상은 약화된다. 많은 지역에서 법관들은 당국의 작위 혹은 부작위가 법적의무를 위반했는지 여부를 결정한다. 또한 법관이 사회권에 관한 헌법이나 여타 인권규범에서 도출되는 의무에 대한 법률이 부작위, 틈, 비일관성 등이 있음을 지적할 수도 있다.

## (2) 사회권의 내용 정의에 있어서 국제적 조약기구와 국제적 전문가들의 역할

국제 전문가 기구들도 사회권의 내용을 정의하고, 지역적 법형성의 지침이나 사례를 제공하는데 도움을 주었다. 사회권규약위원회와 아동권리위원회와 같은 조약감독기구들에 의해 발행된 일반논평은 각 조약에서 밝힌 권리들에 대하여 이들 기구가 어떻게 해석하는지 그 예를 보여준다. 일반논평을 초안하고 발표하는 일은 헌법재판소가 헌법적 사회권을 해석하는 것과 개념적으로 다르지 않다.<sup>30)</sup> 나아가 림버그 원칙과 마스트리히트 원칙과 같은 연성법 문서들은 사회권

---

Health Act ( R.S., 1985, c. C-6 ); France, *Social Security Code (Code de la Sécurité Sociale)* and *Universal Health Coverage Act (Loi sur la Couverture Maladie Universelle)*; Mexico, *General Health Law (Ley General de Salud)* 참고. 이런 법규들은 여러 가지 중에서 보건체계의 기초, 그 일반 목적과 목표의 정의, 재정적 측면, 건강관리서비스와 이러한 서비스의 종류, 내용, 범위 등의 명확화를 의도한다.

- 30) CESCR, General Comment N° 3, *The nature of States parties' obligations* (Fifth session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23; General Comment N° 4, *The right to adequate housing* (Sixth session, 1991), U.N. Doc. E/1992/23; General Comment N° 5, *Persons with disabilities* (Eleventh session, 1994), U.N. Doc E/1995/22 (1995); General Comment N° 6, *The economic, social and cultural rights of older persons* (Thirteenth session, 1995), U.N. Doc. E/1996/22 at 20 (1996); General Comment N° 7, *Forced evictions, and the right to adequate housing* (Sixteenth session, 1997), U.N. Doc. E/1998/22; General Comment N° 9, *The domestic application of the Covenant* (Nineteenth session, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998); General Comment N° 11, *Plans of action for primary education* (Twentieth session, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/4 (1999); General Comment N° 12, *Right to adequate food* (Twentieth session, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999); General Comment N° 13, *The right to education* (Twenty-first session, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999); General Comment N° 14, *The right to the highest attainable standard of health* (Twenty-second session, 2000) U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000); General Comment N° 15, *The right to water* (Twenty-ninth session, 2003), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003); General Comment N° 17, *The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author* (Article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), (Thirty-fifth session, 2005) U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006); General Comment N° 18, *The right to work*, (Thirty-fifth session, 2006), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006) 참고.

사회경제적 권리(socio-economic rights)의 내용을 정의하기 위한 국제적 노력을 개관하기 위해서는 V. Abramovich, M. J. Añón and C. Courtis, *Derechos sociales: instrucciones de uso* (Mexico: Fontamara, 2003)

이 침해될 때를 포함해서 사회권으로부터 나오는 법적 의무를 명확히 하도록 발전되었다.<sup>31)</sup>

## 1) 사회권의 내용을 설명하기 위한 국제기준의 국내적 이행

여러 국가들의 경험에 비추어 보면 국제 법률기준이 국내법을 해석하는데 역할을 할 수 있으며 법관이 국제 법률기준을 직접 적용할 수 있는 많은 방법이 있음을 보여준다.<sup>32)</sup>

## 2) 일원론적 체계 ('Monist' systems)

국제법이 국내법체계로 바로 편입되는 일원론적 법체계에서는 국제조약의 즉각적인 국내 적용이 가능하다. 예를 들어, 콜롬비아 헌법재판소는 콜롬비아 헌법상의 기본권을 해석하는데 있어서 국제조약과 비구속적 문서들을 광범위하게 사용한다.<sup>33)</sup> 아르헨티나와 코스타리카도 유사한 접근법을 취한다. 그러나, 일원론적 전통을 가진 국가에서조차 국제법의 직접적 적용에 장애가 있다. 예를 들어, 네덜란드 법체계는 국제법에 대해 일원론적 접근을 취함에도 법관은 사회권규약을 포함하여 사회권 보장을 위한 조약기준이 자기집행적이지 않다고 한다.<sup>34)</sup>

---

의 다양한 내용 참고.

31) 림버그 원칙은 마스트리히트(네덜란드)에서 열린 전문가 회의에서 채택되었다. 본 회의는 ICJ와 림버그대학(네덜란드, 마스트리히트 소재) 법학 교수들, 신시네티 대학(미국, 오하이오주 소재)의 Urban Morgan 인권연구소의 초청에 의해 1986. 6. 2 - 6 소집되었다. UN doc. E/CN.4/1987/17 참고. 마스트리히트 원칙은 1997. 1. 22-26에 마스트리히트에서 개최된 전문가 회의에서 채택되었다. 본 회의는 ICJ(스위스, 제네바 소재)와 마스트리히트 대학(네덜란드 소재 법학대학)의 인권센터에서 개최되었다.

두 문서는 모두 사회권규약을 해석하기 위해 사회권규약위원회에 의해 광범위하게 사용되고 있다.

32) Bangalore Declaration and Action Plan은 이 원칙을 강조한다.

“법관들은 사회권의 영역에서 국제적 인권 규범들을 국내적으로 적용해야만 한다. 국내 헌법이나 법규에 모호성이 있거나 법규에 뚜렷한 결함이 있거나 혹은 국제적 기준과의 불일치가 있을 때 법관은 국제인권기구의 법이론을 참고하여 모호성이나 불일치를 해소하거나 결함을 해소하도록 해야 한다.”

Bangalore Declaration and Plan of Action, para. 18(5)(4) 참고.

33) Colombian Constitutional Court (*Corte Constitucional de Colombia*) decisions C-936/2003, T-1318/2005, T-403/2006 and T-585/2006 (applying both the ICESCR and GCs adopted by the CESCR) 참고.

34) 본 이슈에 대한 검토를 위해서는 Frank Vlemminx, “The Netherlands and the ICESCR: Why Didst

### 3) 이원론적 체계 ('Dualist' systems)

이원론적 국가들-즉, 국제법이 자동적으로 국내법으로 편입되는 것이 아니라 국내법으로 편입되기 위해서는 추가적 조치를 취해야 하는 국가-에서도 기록들은 혼재되어 있다. 일부 국가에서는 국제조약은 국내입법을 통해 조약의 내용이 재생성되거나 회부될 때까지는 적용되지 않는 반면, 또 다른 국가들에서는 법관들이 국제적 기준을 활용하는 보다 독창적인 방법을 발달시켜왔다. 예를 들어, 남아프리카 공화국이 사회권규약의 일원이 아님에도 남아프리카 공화국 헌법재판소는 헌법에 포함된 사회권을 해석하기 위해 사회권규약위원회의 일반논평을 활용해왔다.<sup>35)</sup>

## 3. 헌법조항 상의 인권의 정의 - 개관

헌법이나 인권조약의 언어에서 일반성(추상성)을 유지하는 것은 바람직하지만, 이것이 그 내용에 대한 더 진전된 구체화 없이는 권리가 침해된 경우를 정확하게 지적하는 것이 불가능하다는 것을 의미하지는 않는다. 사법심사의 전통은 헌법하의 어떤 작위 혹은 부작위, 법규 혹은 행정입법이 헌법이나 인권조약과 양립할 수 있다는 것을 입증해 주었다. 이것은 이미 자유권에서 일어난 것이고, 사회권에도 동일한 접근법을 적용하지 못할 이유는 없다. 물론, 법적용은 해당권리의 내용이 법이나 행정입법에서 이미 구체화되어 있을 때 훨씬 더 쉽다. 그러나 많은 경우에 헌법이나 인권조약의 조항이 명확하게 예상되는 행동의 범위를 충분히 정했다면 확실성의 부재에 기초한 반대들은 잘못된 것이다.

---

Thou Promise Such a Beauteous Day?“, in Fons Coomans (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic System* (Antwerp: Intersentia-Maastricht Centre for Human Rights, 2006), pp. 43-65 참고.

35) Constitutional Court of South Africa, *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), October 4, 2000, paras. 29, 30, 31 and 45 참고.

권리의 내용과 범위를 정의하는데 있어서의 이러한 실제적인 문제들은 헌법과 인권조약 조항들에서 전형적으로 나타난다. 권리가 왜 이런 방식으로 만들어지는지에 대해서는 많은 이유가 있다.

- 첫째, 유연성과 적응성을 높여준다. 이것은 헌법이나 그와 유사한 기본법의 개정이 일반 법률개정보다 훨씬 어려울 때 특히 중요하다.
- 둘째, 이것은 이러한 권리의 내용을 발달시키고 이행하는 데에 책임 있는 자가 특정 상황에서 가장 좋은 수단을 선택하는 데 필요한 재량권을 준다.
- 셋째, 이것은 이러한 문서들이 국가와 사회를 지탱하는 법원칙의 가장 기본적인 목록을 제시하는데 있어서 간결함과 간명성을 유지케 한다.<sup>36)</sup>

유럽사회권위원회와 관련 ILO기구 등 국제기구, 준사법기구들은 일정정도까지 사회권에 관한 진정을 검토할 수 있다. 그들의 경험은 사회권의 일반적인 특징을 해석하는 것이 별로 어렵지 않다는 것을 보여준다. 그런 기구들과 그들이 발달시킨 법이론들은 유럽사회헌장과 ILO협약과 같은 국제조약의 조항들이 법적판단의 기초를 구성할 수 있다는 증거다.

그러나, 현실적으로 많은 국가들에서 헌법심사는 단지 종이 위에서만 존재한다. 이것은 아마 사법적 독립성과 공정성의 부족, 권위주의 정부 혹은 정치영역에 대한 극단적 경의 등의 수많은 다양한 요소들로부터 기인할 것이다. 사법심사의 권한이 전혀 발달되지 못한 국가에서는 자유권이든 사회권이든 관계없이 헌법적 의무를 해석하는 전통이 전혀 존재하지 않는다. 그 외 또 다른 국가에서는 행정부의 활동에 대한 사법감시의 전통이 없다. 이런 환경에서는 판례를 발달시키기 어렵다. 그런 어려움은 자유권과 사회권 둘 다에 영향을 준다. 그럼에도 불구하고 선진국이나 개발도상국 둘 다로부터 나온 많은 사례들이 이미 헌법심사

---

36) C. Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life* (Oxford: Oxford University Press, 2000) at pp. 156-157.

와 행정부의 활동에 대한 법적통제의 풍부한 경험을 제공하고 있다.

#### 4. 사회권에서 도출된 의무 내용부여 수단으로서 자의성금지원칙

위에서 살펴본 바와 같이, 행정입법, 판례, 법이론적 개념들은 모두 권리의 내용과 범위를 해석하고 명확화 하는데 기여한다. 그렇지만, 그것들이 없는 경우에도 사회권의 내용에 일정수준의 실체를 제공하고 사회권의 존중, 보호, 충족을 보장하기 위한 다른 방법들이 존재한다.

예를 들어, 도달 가능한 가장 높은 수준의 건강, 치료에 대한 접근성, 예방접종, 또는 약품의 공급을 향유할 권리는 해당 권리가 실행되는지 여부를 판단하는데 기준을 제공해줄 수 있다. 법원은 권리의 침해가 있었는지 여부를 결정하기 위해서 국가의 이전 조치를 고려해 왔다. 예를 들어, 국가가 자의적으로 백신의 생산을 중단하는 것이나, 심각하게 아픈 유아에게 약품을 제공하지 못하는 것을 예방했는지 여부를 고려하는 것이다.<sup>37)</sup>

유사하게 법령이 사회권의무에서 발생하는 의무를 이행하는 방법을 선택함에 있어서 행정부에게 재량의 여지를 인정하였음에도, 영국법원은 행정부가 이미 취한 조치로 인해 구속될 수 있다는 것을 결정한 바 있다. 즉, 특정집단의 필요에 관해 특정한 평가를 하였거나 개인들에게 구체적인 약속을 하고 나서 이전의 약속에 따라 행동하지 못할 때와 같은 경우에는 행정부에 대해 준수실패 책임을 지우는 것이 가능하다고 결정했다.<sup>38)</sup>

37) Argentine Supreme Court (*Corte Suprema de Justicia*), *Campononico de Beviacqua, Ana Carina*, October 24, 2000 참고. (본 판결에서 아르헨티나 대법원은 장애아동에게 약물을 제공한 이전의 국가 행동을 self-assumed 의무의 표시로 받아들였다.); Argentine Federal Administrative Court of Appeals, Chamber IV, *Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acció Social-s/Amparo Ley 16.986*, June 02, 1998 참고. (본 판결에서 연방항소법원은 연구를 지원하고 실험백신을 구매하는 이전의 국가 행동을 국가가 그 생산을 지속시킬 의무가 있었던 것으로 간주했다.)

마지막으로 법관이 권리가 침해되었다는 주장을 심사할 때는 반드시 국가나 개인에 부과된 특정 의무가 무엇인가에 초점을 맞추지는 않는다. 법관은 일반적으로 합리성, 비례성, 적정성, 적합성, 향상성과 같은 법적기준의 관점에서 의무자에 의해 수행된 행동과정을 평가한다. 그러한 기준들은 정치적 영역에서 이뤄진 다른 종류의 결정들을 사법심사할 때는 법원이 취하던 것들이다. 개인의 권리가 충족되었는지 여부를 결정하는데 있어서 법관은 권리를 충족시키는 가장 적절한 공공정책을 설계하는데 있어 정치영역을 대신할 필요는 없다. 그보다, 법관은 권리를 충족시키기 위해 선택된 수단들의 유효성을 심사한다. 국가가 적절한 수단을 선택하는데 상당한 재량권을 갖고 있음에도 정책수립이나 실행의 특정 측면은 합리성이나 그와 유사한 기준의 적용을 통해 법원에 의해 심사될 수 있다. 뒤에 제시하겠지만, 예를 들어 국가의 의무준수를 심사할 때 법원은 특별보호가 인정된 집단의 배제나 권리의 내용에 의해 정의된 최소한의 필요 제공 결여(역자주: 국가에 의한 최소핵심 의무의 불이행), 혹은 고의로 퇴보하는 수단들의 적용과 같은 문제들을 심사할 수 있을 것이다.

---

38) *R. v. Sefton Metropolitan Borough Council, ex parte Help the Aged* (1997) 4 All ER 532 (CA); *R. v. Birmingham City Council, ex parte Mohammed* (1998) 3 All ER 161 (CA); *R. (on the application of Batantu) v. Islington Local Borough Council* (2001) 4 CLR 445 (QB); *R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* (2001) QB 213 (CA).

## 제3장. 사회권의 내용 정의 II

### : 국내·국제 법원과 심판기관에서의 발달

본 장은 사회권의 내용이 법원에 의해 어떻게 정의되고 있는지, 사회권의 심사 가능성에 내포된 문제들이 어떻게 극복될 수 있는지, 그리고 법원이 청구인에게 사회권을 어떻게 보장해줄 수 있는지를 살펴본다. 사회권의 다양한 측면들을 다루기 위해 법원이 적용한 상당수의 제도를 설명할 것이고 각 접근방법에 대한 사례들을 제시할 것이다.

#### 1. 핵심내용 또는 최소핵심의무

사회권에 관한 국가의 책임을 결정짓는데 도움이 되는 첫 번째 개념적 요소는 핵심내용이라는 것이다(핵심내용은 최소핵심내용, 최소핵심의무,<sup>39)</sup> 최소한계, 또는 독일 헌법전통의 ‘본질적 내용’이라고도 한다). 이 개념은 ‘이것이 없이는 권리가 인정되지 않거나 의미가 없어지게 되는 절대적으로 필요한 최소한’을 의미한다.

핵심내용이라는 개념은 자유권을 분석하는 데에도 선택되었던 것이고, 특히 헌법적 전통에서 그러했다. 다양한 헌법해석은 이런 핵심 요구사항을 인간존엄의 필연적 결과로 정당화 했고, 필수적 최소 즉 ‘생존장비’(survival kit)로 이해했다.

필수적 최소의 정의는 그 본질상 진화하고 있다. 인정되는 필수적 최소 수준은 아마 과학기술의 진보처럼 시간에 따라 변화할 것이다. 이것은 각각 건강권과 식량권의 구성요소인 치료에 대한 권리, 식품안전에 대한 권리 등에서 특히 그러하다. 그리고, 이것은 자유권의 경우에도 적용된다. 감시장비와 같은 신기술이 프라

39) Maastricht Guidelines, Guideline 9.

이버시권에 미치는 영향은 그 좋은 예이다. 교육권과 같은 몇몇 권리들과 관련해서는 국가에 의해 제공되어야 할 서비스의 최소핵심내용에 대한 상당한 의견일치가 있다. 그것은 보편, 의무, 무상 초등교육이다.

독일연방헌법재판소와 연방행정법원은 권리의 최소핵심내용의 예들을 제공하고 있는데, 그것은 복지국가(혹은 사회국가)의 헌법적 원칙이나 인간존엄의 개념에서 도출된 것들이다. 독일 법원은 이러한 헌법원칙을 어려움에 처한 사람이 식량, 주거, 사회복지를 이용할 수 있게 하는 것 등으로 구성된 실제적 최소 혹은 필수적 최소를 제공할 적극적인 국가의 의무로 해석해 왔다.<sup>40)</sup>(Box 1. 참조)

#### Box 1. 독일헌법재판소와 ‘필수적 최소’의 보호

독일연방헌법재판소는 ‘필수적 최소’ 혹은 ‘생존의 최소수준’(Existenzminimum)의 원칙을 발전시켜왔다. 이 원칙에 따르면, 국가는 어려움에 처한 사람이 존엄한 삶을 살 수 있도록 지원을 제공할 의무가 있다. 헌법재판소는 입법부가 “사회적 조치를 개발하도록 헌법에 의해 확실히 맡겨졌고”[BVerfGE 1, 97 (104)] “어려움에 처한 사람에 대한 지원은 확실히 사회국가 혹은 복지국가의 분명한 의무들 중 하나이다”[BVerfGE 40, 121 (133)], 따라서 “국가는 국민에게 존엄한 삶을 위한 최소한의 조건을 보장해야만 한다.”고 선언했다.

헌법재판소에 따르면 “존엄한 생존을 가능케 하는 최소생존의 조건을 보장할 국가의 의무”는 복지국가의 원칙(독일헌법 제20조)와 함께 인간존엄의 원칙(독일헌법 즉, 기본법 제1조)에 근거한다. [BVerfGE 45, 187 (229)]

이런 원칙에 근거하여, 헌법재판소는 다음과 같이 판결했다.

국가는 히틀러 정권의 결과로 어려움에 처한 사람들에게 상당한 수준의 삶을 제공하기 위해 노력해야만 한다. 그러나, “강제할 수 있는 헌법적 요구는 입법부가

40) German Federal Constitutional Court (BVerfG) and German Federal Administrative Court (BVerwG), BVerfGE 1,97 (104f ); BVerwGE 1,159 (161); BVerwGE 25, 23 (27); BVerfGE 40, 121 (133, 134);BVerfGE 45, 187 (229); BVerfGE. 82, 60 (85) and BverfGE 99, 246 (259).

자의적으로 이러한 의무를 충족시키지 않을 때에만 (복지국가를 보증하는 조항으로부터) 아마도 발생할 것이다.”[BVerfGE 1, 97 (105)]

국가는 육체적·정신적 장애로 인해 개인적 사회적 발전의 어려움에 직면해 있거나, 스스로 돌볼 수 있는 상태에 있지 않은 사람들에 사회복지를 제공해야 한다.[BVerfGE 40, 121, (133)] 이런 사람들이 존엄한 삶을 살 수 있도록 하는 최소한의 조건에 대한 보호장치를 넘어서 입법부는 가능한 자원과 국가의 다른 의무들을 고려해 그들에게 제공된 사회복지의 정도를 결정할 재량권을 가진다.[BVerfGE 40, 121, (133)]

국가는 존엄한 삶을 위한 최소한의 조건을 충족하기 위해 필요한 소득은 비과세를 보장해야 한다[BVerfGE 82, 60, (85), BVerfGE 99, 246, (259)].

어려움에 처한 사람에게 필수적 최소를 보장하기 위해서, 국가는 사회복지와 혜택을 이용할 수 있도록 제공해야 한다. [BVerfGE 82, 60, (85)].

유사하게 스위스연방법원은 스위스의 법원이 스위스 국민이나 외국인 모두를 위해 ‘생존의 최소수준’(‘conditions minimales d’existence’)에 대한 함축된 헌법적 권리를 실행(판단)할 수 있다고 했다.<sup>41)</sup>

브라질 법원도 이와 유사한 길을 걸었다. 즉, 아동의 교육권을 규정한 브라질 헌법의 명시적 조항을 판단함에 있어 국가가 6세 이하 아동들에게 탁아소나 유치원을 보장해줄 의무가 있다고 판단한 것이다. 브라질 연방 대법원에 따르면 이러한 헌법적 명령을 준수하는 것은 행정부의 재량에 맡겨 놓을 수 없다.<sup>42)</sup>

기초적이고 필수적인 의료를 이용하는 것도 건강권의 의미 있는 부분으로 간주되어왔다. 아르헨티나 대법원은, 헌법 및 국제인권조약에서 보장하는 인권에

41) Swiss Federal Court, V. v. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kanton Bern, BGE/ATF 121I 367, October 27, 1995.

42) Brazilian Federal Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*), RE 436996/SP (opinion written by Judge Celso de Mello), October 26, 2005.

비추어 의료에 대한 이용을 부여한 법규는 건강관리자들에게 필요한 경우 필수적인 의료서비스를 충분히 제공할 것을 요구하는 것으로 해석되어야 한다고 판결했다<sup>43)</sup>.

## 2. 즉시이행의무와 사회권의 점진적 실현의무

사회권규약 제2조 제1항은 조약에 포함된 권리의 점진적 실현을 규정한다.<sup>44)</sup> 이런 의미에서 동조약은 조약이 보장하는 권리의 완전한 실현은 많은 상황에서 단계적인 실현을 필요로 한다는 것을 인정한다. 그러나, 사회권규약위원회는 규약에서 제시된 의무들로부터 나온 모든 임무가 점진적 실현의 개념에 맞는 것은 아니고, 몇몇 의무들은 즉시적 효력을 갖는다는 점을 명확히 하였다.<sup>45)</sup> 따라서, 사회권과 관련된 의무들 중 몇 가지는 점진적 실현의 개념에 적합하여 국가는 자원의 가용성에 따라 적절한 기간과 자원배분을 결정할 여유를 갖는 반면에, 그 밖의 다른 의무들은 국가에 의해 즉각적으로 준수되어야 하고 어떤 지연도 허용될 수 없다.

이러한 구분은 심사가능성에도 관련되어 있다. 이것은 즉시적 의무의 준수가 재판기구들에 의해 직접적으로 평가될 수 있고, 그에 따라 사회권 전체가 국가의 정치적 영역의 재량권에 맡겨진다는 주장을 논박할 수 있다. 나아가 점진적 실현과 관련된 의무는 별개의 덜 엄격하고, 아마도 덜 강제적인 심사기준의 적용을 받을 것이다. 콜롬비아 헌법재판소는 명백하게 이러한 접근을 취하고 있다. 즉, 콜롬비아 헌법재판소는 사회권의 해석에 있어서 생명의 보호와 직접적으로 연결

43) Argentine Supreme Court, Reynoso, Nida Noemí c/ INSSJP s/amparo, May 16, 2006 (majority vote agreeing with the Attorney General's brief ).

44) 사회권규약 제2조 제2항 (1): “각 가입국은 현재 인정한 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위해, 개별적으로 또한 국제적인 원조와 협력, 특히 경제적 기술적인 지원과 협력을 통하여, 자기 나라의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 의무를 진다.”

45) 동일한 의미에서, Limburg Principles, Principles 8, 16, 21-24 참고.

되어 있는 즉시이행의무와 입법이나 다른 조치가 필요한 서비스를 개발에 관한 점진적 실현의무를 구분한다.<sup>46)</sup> 그러나, 동 재판소는 만약 국가가 상당한 기간에 걸쳐서도 권리를 점진적으로 실현하기 위한 적절한 방법을 취하지 못했다면 점진적 실현의 대상이 되는 권리도 심사할 수 있다고 판결했다.<sup>47)</sup>

## (1) 즉시이행의무

사회권규약위원회는 즉시 효력을 갖는 몇 개의 의무를 인정하고 있다. 그것들은 다음과 같다.

- 사회권규약에 포함된 권리들의 완전한 실현을 위해 조치를 취하거나 대책을 채택할 의무
- 차별 금지

이 사항들은 일단 국가가 사회권규약을 비준하면 즉시적으로 충족시킬 것이 요구되는 의무들이다. 또한 그런 즉시이행의무들은 사회권의 승인과 관련하여 국내 헌법과 법질서에도 적용되어야 한다고 할 수 있다(역자 주: 사회권규약상의 즉시이행의무는 규약이행에만 국한하는 것이 아니고 사회권 관련 헌법 해석에서도 적용되어야 한다는 것임). “모든 적절한 수단을 통해”<sup>48)</sup> 라는 말이 요구하는 조치를 취할 의무는 분명히 입법조치를 포함하지만 이에 그치지 않고 사법적 구제책의 제공, 행정적, 재정적, 교육적, 사회적 수단들의 채택 등도 포함할 것이다.<sup>49)</sup> 물론, 이런 것들에만 제한되는 것은 아니라, 사회권규약위원회는 조치를 취할 의무가 점진적 실현을 위한 상세한 행동계획을 수립하고 채택할 의무를 포함한다는 점을 명확히 하였다.<sup>50)</sup>

46) Colombian Constitutional Court, decision T-484/1992, August 11, 1992.

47) Colombian Constitutional Court, decision T-595/2002, August 1, 2002, para. 5.3.

48) ICESCR, Article 2(1).

49) CESCR General Comment N° 3, The nature of States parties' obligations (Fifth session, 1990), U.N. Doc.E/1991/23, paras. 3, 4, 5 and 7.

즉시이행의무의 존재는 국가의 작위와 부작위에 의한 침해를 평가할 기초를 제공한다. 이것은 사회권이 순수하게 ‘프로그램적’이지만은 않고, 그보다 직접적으로 효력이 발생하는 의무들을 부과한다는 점을 명확하게 보여준다. 따라서, 이런 의무들을 준수하지 않는 것은 심사가능한 것이다. 예를 들어, 성, 민족, 출신국가, 장애, 혹은 성적 취향과 같은 불법적인 근거에서 사람을 차별하거나 사회권의 향유에 의도적인 장애를 만드는 입법조치 혹은 국가 조치는 즉시이행의무의 위반을 구성한다. 적정 시간 내에 권리를 실현시키거나 차별적 입법이나 악습을 철폐하기 위한 조치를 하지 않는 것도 또한 즉시이행의무의 침해를 구성한다.

## (2) 주거권과 즉시이행의무

여러 법원들은 즉시이행의무의 원칙을 실행할 수 있다고 느끼고 있다. 강제퇴거에 대한 사법보호가 그 좋은 예이다. 적정한 주거에 대한 권리는 어려움에 처한 사람들이 주거를 이용할 수 있게 하는 적극적 의무를 포함하고, 일정기간에 걸쳐 점진적 실행을 요구한다. 그러나, 국가는 또한 법적 정당성 없이 그들의 주거에서 사람들을 강제로 퇴거시키지 말아야 할 즉시적인 소극적 의무도 갖는다. 퇴거가 정당화되는 곳에서조차, 절차적 보증사항에 대한 적법한 준수 없이는 퇴거가 금지된다. 인도와 방글라데시 대법원은 이 점에서 합법적인 퇴거에 대한 선행조건으로 준수되어야 할 국가의 절차적 의무의 중요성을 강조하는 중요한 결정들을 내놓고 있다.<sup>51)</sup> 예를 들어, 방글라데시 대법원은 *ASK v. Bangladesh* 판례<sup>52)</sup>에서 무허가 정착촌에서 대규모 퇴거를 실시하기 전에 정부는 재정착을 위

50) CESCR General Comment N° 1, Reporting by States parties (Third session, 1989), U.N. Doc. E/1989/22, para. 4; General Comment N° 3, The nature of States parties' obligations (Fifth session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, para. 11.

51) Supreme Court of India, *Olga Tellis & Ors v. Bombay Municipal Council* [1985] w Supp SCR 51, July 10, 1985; Supreme Court of Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD(1999) 488, July 29, 2001. For further comments on these cases see COHRE, *Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies* (Geneva: COHRE, 2003), at 30-47; G. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible* (Barcelona: Icaria, 2003), at 204.

52) Supreme Court of Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19

한 계획을 수립하고 퇴거가 단계적으로 이뤄지도록 해야 하며, 퇴거자들이 다른 대안을 찾을 수 있는 능력을 고려해야 한다고 판결했다. 나아가 법원은 당국이 퇴거 전에 적정한 통지를 해야만 한다고 판결했다.

### (3) 노동권과 즉시이행의무

노동권도 즉시이행의무에 대한 심사가능성의 좋은 사례이다. 차별금지, 강제노동금지, 공정한 보상의 권리, 인간 존엄성과 양립가능한 작업환경을 향유할 권리 등이 즉시이행의무들이다. 아프리카인권위원회는 이러한 권리들을 침해하는 것을 감시하고 그런 악습을 철폐해야할 적극적 의무까지도 해당 국가의 경제적 부와 관계없이 아프리카인권현장에 의해 확립된 즉시적 의무를 의미한다고 보았다. 낮은 소득수준의 국가(모리타니아)의 대규모 노예노동에 관한 의혹에 관한 중요한 결정에서 아프리카인권위원회는 다음과 같이 결정하였다(역자 주: 아프리카인권위원회는 인권현장상의 권리침해에 대하여 진정사건을 처리함).

“피진정 국가가 제시하는 정당화와 관계없이, 본 위원회는 세계인권선언의 제 23조 제3항에 비추어 노동하는 모든 사람은 본인과 그 가족에게 인간존엄의 생존가치를 보장하고, 가능하다면 사회적 보호의 다른 수단에 의해 보충된, 공정하고 알맞은 보상(임금)에 대한 권리를 갖는다고 판단한다. 이러한 권리는 사회권 규약의 제7조의 규정에 의해서도 보호된다. 앞서 말한 관점에서 본 위원회는 노예제도와 유사한 악습으로 인해 현장 제5조의 침해가 있다고 생각하며, 부적합한 임금 노동은 인간의 타고난 존엄에 대한 존중의 권리를 침해하는 것과 같은 것이라는 점을 강조한다. 더욱이 노예의 후손들이 처한 환경은 확실히 인간 착취와 인간멸시로 생각된다. 이러한 악습들은 아프리카인권현장도 규탄한 것이다.”<sup>53)</sup>

---

BLD(1999) 488, July 29, 2001.

53) African Commission on Human and Peoples' Rights, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98 (2000), May 11, 2000, para. 135.

미주인권재판소는 여러 이슈들 중에서 노동권과 관련한 침해도 포함된 *Ituango* 학살 판례<sup>54)</sup>에서 유사한 길을 따랐다. 콜롬비아 군대와 공모한 준군사조직에 의해 자행된 민간인 학살에 이어서 가해자들은 피해자들의 소를 흠치고 임금 없이 폭력적 협박 하에 17명의 농부들에게 흠친 소를 준군사조직 지배하의 영역으로 옮기도록 했다. 미주인권재판소는 강제노동의 금지는 즉시적 효력을 갖고 있으며 미주인권협약 제6조 제2항(강제노동의 금지)과 제7조(개인의 자유권)를 ILO의 규약 제29호에 비추어 콜롬비아는 이러한 권리 침해에 책임이 있다고 해석했다.

#### (4) 사회권의 점진적 실현의무

점진적 실현이라는 개념은 국가에게 대상 집단이나 목표간 우선순위를 정하거나 예산을 할당하는 것과 같은 문제를 처리하는데 취할 조치가 무엇인지를 결정할 상당한 여유와 재량을 부여한다. 그러나, 사회권규약위원회는 점진적 실현의 개념을 충족하는 그런 권리들조차도 적절한 심사기준을 작동시킬 수 있다는 점을 확실히 했다.

점진적 실현과 관련해서는 사회권규약에 포함된 권리나 목표가 향상, 안정, 혹은 퇴보되는지를 평가할 지표나 기준 수립에 일정한 발전이 있었다. 경험적 혹은 결과적 지표의 채택은 국가 보고 체계에서 제공되는 기간계획처럼 특정 기간 내에 사회권의 실행에 대한 국가의 달성도를 지속적으로 감독하는데 매우 유용한 도구이다. 반면에, 법원에 의한 재판은 아마도 발전을 관찰하는 가장 좋은 방법은 아닐 것이다. 다양한 요인들로 인해 경험적 지표에 근거하여 법원에서 (사회권의) 퇴보 주장을 강력하게 하는데 어려움이 있을 수 있다. 그러한 어려움은 다음과 같은 것이다.

- 경험적 지표와 자료에 대한 신뢰성의 어려움

---

54) Inter-American Court of Human Rights, *Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006, paras. 145-168.

- 국가의 작위나 부작위와 퇴보라고 하는 것 사이의 인과관계를 규명하는 것의 어려움

### 3. 퇴보 조치의 금지

사회권규약위원회(CESCR)는 국가가 의도적으로 퇴보조치<sup>55)</sup>를 도입하는 것을 금지하는 데에 주의를 기울여왔다: 이 퇴보조치 금지 원칙은 법률가들이 널리 인정한 법원칙 중 하나이다. 사회권규약(ICESCR)에서 명시하고 있는 권리는 완전하게 향유되기 위해서 반드시 순차적으로 실현되어야하는 성질을 가지고 있다. 이 원칙에 따르면, 법으로 이들 권리의 점진적 실현(*progressive realization*)을 명시하고 있을 때, 국가는 그 실현을 더디게 하거나 제거하는 등의 조치를 취할 수 없다. 규범비교(*normative comparison*)의 기준으로서 퇴보 금지란 국가가 이미 법으로 보장된 것과 달리 권리의 내용을 억압/제한/한정하는 것은 일응의 위반(*a prima facie violation*)이 된다는 것이다. 법령 등의 퇴보적 성격을 평가하기 위해서는 기존의 법제들과 새로 제정된 법령들 사이의 비교가 수반된다.<sup>56)</sup>

55) CESCR, General Comments N° 3, The nature of States parties' obligations (Fifth session, 1990), U.N. Doc. E/1991/23, para. 9; N° 13, The right to education (Twenty-first session, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999), para. 45; N° 14, The right to the highest attainable standard of health (Twenty-second session, 2000), para. 32; N° 15, The right to water (Twenty-ninth session, 2003), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003), para. 19; N° 17, The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (Article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2006), para. 27; N° 18, The right to work, (Thirty-fifth session, 2006), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006), para. 21. 참고, 또한 Maastricht Guidelines, Guideline 14(e) 참고.

56) 이런 비교들은 법의 영역상 낮선 것이 아니다: 일반적 형법 원칙은 형량이 가장 가벼울 때로 소급되는 특징이 있다; 노동법은 가장 유리한 조항의 효력을 평가하기 위해서 법령과 집합적 조건을 붙인 조항의 비교를 요구 한다 ; 국제 투자법은 가장 우호적인 국가 협약을 허용하는 조항을 포함한다; 그리고 국제인권법은 중복이 될 때 상대적으로 더 보호하는 인권 조항을 택한다. 이 원칙은 해석적 원칙으로 인권을 부여하는 규칙들이 중복이 되는 경우 적용해야 하는 규칙을 결정할 때 이용한다 : 이것은 가장 광범위한 인권 보호를 채택하도록 한다. 이것은 다양한 인권 기준들이 같은 상황에 적용되는 경우(예를 들어 포괄적 기준과 국부적 기준)거나, 국제 기준과 국내 기준이 함께 존재 할 경우(헌법의 기준이 기본권들을 허용할 경우에 적용될 수 있다. 이에 대해서는 전체적으로 M. Pinto, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los

사회권규약위원회의 법적용례에 따르면, 퇴보금지원칙이 절대적인 것은 아니지만, 그 퇴보조치가 당면 목적을 실현하기 위하여 채택되었고, 반드시 필요하며, 그 조치 이외에는 대안이 없거나 유용한 덜 제한적 조치가 존재하지 않는다는 것에 대하여는 국가에서 입증 책임을 져야 한다. 즉 퇴보조치는 국가가 엄격심사를 통해 그것이 정당한지를 증명하지 않는 한 점진적 실현의무에 대한 위반으로 받아들여질 수밖에 없다는 것이다.

많은 나라의 법원들은 이 퇴보조치금지원칙을 다양한 분야에서 수용하고 있다. 국민의료서비스를 폐지하려는 시도라든지, 소득 혜택 법률의 변경, 국민건강과 안전, 노동권 등에 대한 정책의 변경 등이 이에 해당한다.

일례로 포르투갈의 헌법재판소는 최저임금보장에 관한 법률에 대한 사건을 판결한 바가 있다.<sup>57)</sup> 당시 새로운 법안은 최저 임금보장 혜택을 받는 자의 수급연령을 변경하는 것이었는데, 기존의 18세에서 25세로 변경하는 것이었다. 그에 따라 기존에 혜택을 받던 사람들이 그 개정 법률의 시행으로 더 이상 혜택을 받지 못할 상황이 되었다. 이에 헌법재판소는 이 법률은 헌법상 사회보장의 최저수준을 다루고 있는데, 그 수혜자 범위를 축소함으로써 수급에서 배제되는 사람들의 권리박탈을 가져 왔다는 이유로 위헌을 선고하였다.

아르헨티나 대법원 또한 피고용자의 직장에서의 건강과 안전보장 혜택에 대한 법률의 변경을 심사함에 있어 같은 방식으로 접근한 바 있다.<sup>58)</sup> 이전 제도 하에서는 위 법률의 위반으로 피해를 입었다고 주장하는 피고용인에게 두 가지 보상방안 중에서 하나를 선택할 수 있도록 해 주었다. 즉, 그 피고용자는 과실 입증

---

derechos humanos”, in M. Abregú and C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, (Buenos Aires: CELS-Editores del Puerto, 1997), pp. 163-171. 참고.

57) Portuguese Constitutional Tribunal, Decision (*Acórdão*) N° 509/2002, December 19, 2002.

58) Argentine Supreme Court, *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9.688*, September 21, 2004.

없이 인정되는 일정범위의 보상을 청구하거나 아니면 직접 그 사업자의 불법행위에 대한 과실을 입증하고 완전 배상을 청구할 수 있었다. 1995년 9월 아르헨티나 의회는 직장에서의 건강 및 안전보호에 대한 보상 제도를 전면 개정하는 법을 제정하였다. 이에 따라 쟁송을 통한 산업재해배상 절차는 그대로 두었으나 새로이 사설 보험 제도가 설립되었다. Aquino case에서 고소인은 이 개정된 법률은 피고용인이 불법행위에 대한 완전한 보상을 받을 수 있는 권리를 박탈하는 것이므로 위헌이라고 주장하였다.

이에 아르헨티나 대법원은 새로운 제도는 위헌이라고 결론을 내렸다. 개정 후의 법률은 퇴보조치 금지원칙에 위반된다고 보았는데, 이것은 법률을 개정함으로써 완전 보상을 받을 수 있는 권리를 의도적으로 제한한다고 판단하였기 때문이다. 이 대법원의 판결은 헌법(노동자의 존중받고 공평한 근로 조건을 가질 권리)에 바탕을 두었을 뿐만 아니라 국제인권기준에도 부합하는 것이다. 그 결정에서는 사회권규약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약과 미주인권협약 등 관련 조항의 적용가능성에 대해 언급하였으며, 직장에서의 건강과 안전에 대한 완전 보상과 정당하고 쾌적한 환경에서의 근로권과의 관련에 대하여 사회권규약의 해당 규정을 인용하였다.<sup>59)</sup>

사회권과 관한 퇴보 조치에 대하여 다른 많은 사례에서 헌법적 심사가 강화되고 있는 추세이다. 예를 들어, 콜롬비아 헌법 재판소는 연금문제,<sup>60)</sup> 의료보험 보장,<sup>61)</sup> 교육,<sup>62)</sup> 가족과 노동자들의 보호<sup>63)</sup>에 대한 퇴보조치와, 주택문제에 대한 퇴보적인 행정입법<sup>64)</sup>에 대하여 위헌판결을 내렸다. 하지만, 노동자의 해고로부터의

59) 아르헨티나 대법원은 사회권규약 제7(a)(ii)항, 제7(b)항, 제12(2)(b)항, 제12(2)(c)항을 언급하였다.

60) Colombian Constitutional Court, decision T-789/2002, September 24, 2002. 참고.

61) Colombian Constitutional Court, decision T-671/2002, August 20, 2002. 참고.

62) Colombian Constitutional Court, decision C-931-2004, September 29, 2004. 참고.

63) Colombian Constitutional Court, decision C-991-2004, October 12, 2004. 참고.

64) Colombian Constitutional Court, decision T-1318/2005, December 14, 2005. 참고.

보호권에 대한 몇몇 퇴보조치 도입에 대한 몇몇 사건에서는 국가의 정당화가 그러한 조치에 대한 통상적 가정을 극복하는데 충분하다고 보았다.<sup>65)</sup>

같은 방식으로, 벨기에 중재 법원은 사회권을 명시하고 있는 벨기에 헌법 제23조를 ‘현상유지효’(standstill effect)로 받아들여서 이러한 권리들이 헌법 제정 시에 법률에 규정된 권리였다면 법률에 의해서는 그 권리에 대한 확연한 퇴보조치를 할 수 없도록 하고 있다. 사회복지 혜택의 감소에 대한 주장과 관련된 사건에서 다음과 같이 밝힌바 있다.

“원칙적으로, 헌법 제 10조와 제11조가 어떠한 법률의 개정도 불가능한, 신법과 구법 하의 같은 부류의 사람들의 상황이 아니라, 두 개의 다른 부류에 있는 집단에 대한 상황 비교를 규정하고 있는 것이 사실이다. 그러나, 이 사례와 같이 헌법 제23조의 “현상유지효”의 위반이 함께 야기될 때는 그렇지 않다. 현상유지효는 사회 부조권과 관련하여 제23조 발효시점에 법률이 제공하는 보호를 심각하게 후퇴시키는 것을 금지하고 있다. 이에 따라 논리적으로, 법원이 사회 부조권에 관해 개정법률이 헌법 23조에 내포된 현상유지효를 침해할 가능성을 판결하기 위해서는 개정법률의 혜택을 받는 사람의 상황과 구법 하에서 동일인의 상황을 비교해야만 한다. 만약 이런 제23조에 규정된 현상유지효 위반을 겪지 않은 다른 부류의 사람에 비하여, 현재 규범이 제23조에 의해 사회부조의 영역에서 보장된 권리보호를 특정 범주의 사람에 대해 심각하게 후퇴시킨다면 제10조, 제11조의 위반이 발생할 것이다.”<sup>66)</sup>

65) 예를 들어, Colombian Constitutional Court, decision C-038/2004, January 27, 2004.참고, 그 법원은 국가가 선택한 실업률을 감소시키는 목적이 매우 급박함을 파악하였다. 그리고 새 입법안은 많은 조건들이 있음을 알게 되었다: (i) 입법부에 의해 채택된 조치들의 고려(the careful consideration of the adopted measures by the Legislature); (ii) 대안의 고려(the consideration of alternatives) and (iii) 의도된 목적과 수단과의 비례성(the proportionality of the measures adopted in relation with the intended goal. paras. 32-48. 참고.

66) Belgian Court of Arbitration (*Cour d'Arbitrage*), case N° 5/2004, January 14, 2004, para. B. 25.3. See also case N° 169/2000, November 27, 2002, paras. B.6.1 to B.6.6 (unofficial translation). 참고.

같은 표현을 쓰진 않았지만 아프리카인권위원회도 자이레의 대학교와 고등학교의 폐교에 대한 지난 2년간의 조사에서 비슷한 논리를 내세운 적이 있다. 위원회는 위의 폐교가 아프리카 인권헌장 상의 교육받을 권리를 심각하게 훼손 하는 것이라고 결론지었다.<sup>67)</sup>

국민의료서비스에 관련된 퇴보 조치도 법원이 심사한 바 있다. 포르투갈 헌법 재판소는 국민의료서비스(National Health Service)제도를 규정한 법률의 폐지는 퇴보조치 금지 원칙에 위반하므로 위헌 판결을 하였다<sup>68)</sup>(Box 2. 참조).

### Box 2. 포르투갈: 퇴보조치 금지와 건강권의 성문법적 보장

포르투갈 헌법재판소는 국민의료서비스를 규정한 기존법률을 폐지하는 새 법률에 대한 헌법 소원에서 헌법상 권리인 건강권은 분명히 국가에게 국민의료서비스를 제공할 의무를 부과하였으므로 이러한 법률의 폐지는 위헌이라고 판시하였다.

“만일 국가가 책임져야 할 명백하고 확연한 헌법적 책무를 적절히 실현할 의무를 준수하지 않았다면, 헌법상 부작위 책임을 질 것이다. 하지만, 만일 정부가 기존의 법에선 이미 준수했던 일들을 하지 않아서, 헌법 보장에 영향을 미쳤다면, 이것 또한 헌법적 위반에 해당된다 할 것이다. 만일 헌법이 국가에게 책무를 부과했을 경우(예컨대, 특정의 제도의 창설이나 특정 법적 질서의 변경) 그 일들이 헌법에 따라 진행되었다면, 그 결과는 헌법적으로 보호받게 된다. 국가는 거꾸로 갈 수 없다. 이미 이루어 놓은 일을 없애거나 후퇴시킬 수 없으며, 채무자의 지위로 돌아갈 수 없다(역자 주: 퇴보조치금지 원칙을 설명하는 것임)(...중략...)”

“일반적으로, 사회권은 공적 제도(학교 시스템이나, 사회복지 시스템 등등)를 적극적으로 만들어야 할 의무로 이해된다. 만약 이런 공적제도가 만들어지지 않았다면, 헌법은 그 설립을 청구할 수 있는 근거만을 제공해 준다. 하지만 이러한 제도가 만들어진 다음에는 마치 그 헌법이 처음 제정됐을 때부터 그

67) African Commission on Human and People’s Rights, *Free Legal Assistance Group, Lawyers’ Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l’Homme, Les Témoins de Jehovah v. Zaire*, Comm. Nos. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (Joined) (1995), October, 1995, para. 48 and holding.

68) Portuguese Constitutional Tribunal (*Tribunal Constitucional*), Decision (Acóddã) N° 39/84, April 11, 1984.

러한 제도가 존재하였던 것과 같이 그 제도의 존립을 보호한다. 기본권 보장을 위해 국가에게 어떤 제도를 만들거나 서비스를 제공토록 부과된 헌법상 의무는 그것들을 만드는 것만을 의미하는 것이 아니라 일단 만들어진 후에는 폐지하지 않을 의무까지를 말한다. 이것은 사회권을 실현하기 위하여 국가가 헌법적으로 부과된 의무를 준수하기 시작하는 순간부터 (전체적으로든 부분적으로든), 사회권에 대한 헌법적 의무는 완전히 적극적 의무에서 점점 더 소극적인 의무 쪽에 놓인다는 것을 의미한다. 사회권을 충족시키기 위하여 작위무의무가 있었던 국가는, 한편으로는 사회권의 실현을 위협하는 행위를 삼가 해야 할 의무를 진다.”

#### 4. 사법심사의 기준으로서의 ‘합리성’, ‘적정성’, 그리고 ‘비례성’

이미 알려진 대로, 대부분의 헌법 및 인권 규범은 절대적인 것이 아니라 제한, 균형 또는 규제 대상이 된다. 이와 같은 제한을 적절하게 판단하기 위해, 법관들은 입법권이나 행정권의 행사를 심사할 평가기준을 개발해 왔다.<sup>69)</sup> 개발되어 온 전형적인 평가기준 중 일부는 공권력이 합리적이고 적정하거나 비례성이 있어야 한다는 것이다. 사실 이러한 기준들과 (사회권에서 비롯되는 국가의 의무 중) 핵심 내용의 개념이나 최소핵심의무의 사이에는 강한 연관성이 있다. 합리성, 적정성, 비례성은 실제로 법관들이, 입법이나 행정작용이 헌법의 핵심내용이나 최소핵심의무를 이행하였는지 여부를 평가하는 기준이 된다.

여기에선 위의 평가기준의 내용이나 차이점등에 대하여 광범위하게 분석을 하지는 않는다. 그러나 각 나라의 다양한 법 전통의 차이에 상관없이 이 기준을 적용하는 것은 법원에 의한 헌법 심사의 특징이라고 할 수 있다. 국제인권재판소 등도 인권규정에 명시된 권리와 당사국의 입법 사항과의 조화를 평가하기 위하여 이와 비슷한 기준을 채택하고 있다.

69) 같은 뜻으로 Limburg Principles, Principles 49, 51, 56 and 57. 참고.

## (1) 목적과 수단에 대한 사법 심사

합리성, 적정성, 비례성 기준을 적용한 입법권이나 행정입법권에 대한 사법심사는 주로 국가가 어떤 조치를 정당화하려고 주장하는 경우 그 목적에 대한 법률적 분석 및 그러한 목적과 그 목적을 달성키 위한 수단의 비교를 할 때 사용된다. 국가에 의하여 형성된 목적을 분석함에 있어 법원은 보통 헌법(또는 인권조항)이 그 목적을 허용하는지, 요구하는지, 또는 금지하는지를 평가한다. 그리고 이 밖에도 다른 헌법적 목적들이 입법기관이나 행정기관에 의해서 올바르게 고려되었는지를 평가한다. 예를 들어, 목적이 헌법적으로 허용된다고 하더라도, 법원은 종종 그 법률이나 행법입법이 헌법상의 또 다른 목적을 무시하는지 판단한다.

법원은 그를 위해 선언된 목적과 선택된 수단 사이에 정당화할 수 있는 관계가 있는지, 그리고 선택된 수단이 지나치게 보호대상 권리를 제한하고 있는지를 판단한다. 이를 위한 판단방식은 다양하다. 어떤 방식은 매우 엄격하며 또 어떤 것들은 정치기관의 선택을 더 존중하는 쪽이다. 또한 차별금지와 같은 헌법적 목적은 여타 허용되는 목적에 비해 더 특별히 보호되기 때문에 다른 판단방식을 요구한다. 그럼에도 불구하고, 이러한 분석에 대한 다양한 접근방법은 의심할 여지없이 사법심사의 특징이다.

그러한 분석들은 자유권에 대한 법 이론으로부터 나온다. 그러나 이러한 분석이 사회권에 관한 법률 또는 행정입법에 적용되지 못할 이유라고 할 수는 없다. 실제로 사회권규약의 조문은 제2조제1항 및 제4조 같은 일반조항<sup>70)</sup>과 개별 권리

---

70) 사회권 규약 제2조 제1항: “이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다. 그리고 제4조:”이 규약의 당사국은, 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주 사회에서의 공공복리 증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.”

에 관한 특별조항에서 이러한 목적에 부합하는 법적 목적을 설정하고, 국가에게 이들 목적에 부합하고 적절한 수단을 사용할 것을 요구하고 있다. 더욱이 이러한 권리들에 부과되는 제한들은 그 권리들의 본질에 상응할 것과 민주사회의 일반적 복지를 증진할 목적에 의해 정당화 될 것을 요구한다<sup>71)</sup>(Box 3. 참조).

Box 3. 사회권규약에서의 목적과 수단들의 예시

수단	규정된 혹은 허용된 목적
<b>제2조제1항- 일반 의무들</b> 사회권규약에서 인정된 권리들을 그 권리의 본질과 상응하는 방식으로 법률로 제한한다.	사회권규약에서 인정된 권리들의 완전한 실현을 점진적으로 달성한다.
<b>제4조- 제한들</b> 사회권규약에서 인정된 권리들을 그 권리의 본질과 상응하는 방식으로 법률로 제한한다.	민주사회에서 일반적 복지를 증진한다.
<b>제6조 제1항- 노동권</b> 적절한 조치를 취한다.	노동권을 보장한다.
<b>제8조제1항(a)- 노동조합결성 및 가입권</b> 노동조합을 결성하거나 가입할 권리를 제한한다.	민주사회에서 국가안보, 공공질서 또는 타인의 권리 및 자유를 보호한다.
<b>제8조제1항(c)- 노동조합의 권리</b> 노동조합의 자유로운 행동을 제한한다.	민주사회에서 국가안보, 공공질서 또는 타인의 권리 및 자유를 보호한다.
<b>제11조제1항- 삶의 질을 추구할 권리</b> 적절한 조치를 취한다.	삶의 질을 추구할 권리의 실현을 보장한다.
<b>제11조제2항(a)- 식량권</b> 모든 기술과 과학 지식을 활용하고, 영양의 원리에 관한 지식을 전파하고, 농업 시스템을 개발 혹은 개혁하는 법령들을 채택한다.	식량의 생산과 분배 방법을 향상시키고, 자연자원을 가장 효율적으로 개발을 달성한다.
<b>제11조 제2항(b)- 식량권</b> 식량 수입과 수출의 문제를 고려하여 필요한 법령들을 채택한다.	수요에 따라 세계 식량 공급량의 공정한 배급을 보장한다.

71) Limburg Principles, Principles 46-57참고.

수단	규정된 혹은 허용된 목적
<b>제12조 제2항(2)조- 건강권</b> 필요한 조치를 한다.	사산율 및 유아 사망률을 낮추고; 아동의 건강한 발육을 위해 준비하고; 환경과 산업의 위생 상태를 모든 면에서 개선하고; 전염병, 풍토병 및 직업병을 예방, 치료 및 관리한다; 질병이 있는 모든 이에게 의료 서비스 및 응급조치를 보장하는 상태들을 만들어준다.
<b>제13조 제2항(a)- 교육권</b> 적절한 수단을 통해 조치한다.	모든 이에게 가능한 한 무상의 초등 교육을 의무화 한다.
<b>제13조 제2항(b)- 교육권</b> 특히 무상교육의 점진적 소개에 적절한 수단을 통해 조치한다.	중등 교육을 일반적으로 이용 가능케 하고 접근 가능토록 한다.
<b>제13조 제2항(c)- 교육권</b> 모든 수단을 동원하여 특히 무상교육의 점진적 도입에 필요한 절차를 밟는다.	수용능력에 기초하여 모든 이가 공평하게 고등 교육을 이용하고 접근 가능하도록 한다.
<b>제3조 제3항- 교육권</b> 비공립 학교들이 따라야 할 최소한의 교육 기준을 입안하거나 승인하는 등의 적절한 조치를 한다.	부모가 그 자녀들을 위해 공교육 기관 이외의 학교를 선택할 자유를 존중한다. 아이들의 종교적, 도덕적 교육은 그들 자신의 신념에 의거하여 그에 따를 것을 보장한다.

많은 국가의 법원은 합리성, 적정성, 비례성 이란 기준을 채택하여 의료서비스나 연금지급과 같은 헌법상의 사회권 규정을 실질화하였다. 예를 들면 *Asociacion de Esclerosis Multiple de Salta* 사건<sup>72)</sup>에서 아르헨티나 대법원은 최소 의무의료보험에서 복합 경화증 치료를 제외시키는 보건부장관의 행정입법을 무효화시킨 하급법원의 결정을 그대로 유지하였다. 대법원은 이 행정입법이 국제인권조약에 규정된 건강권 보호에 영향을 주므로 그 행정입법을 부당하다고 판단한 법무부장관

72) Argentine Supreme Court, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud -Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, Attorney General's brief of August 4, 2003, Court decision of December 18, 2003.참고

의 견해를 받아들였다. 법무부장관은 이전에 모든 치료비를 보장 받았던 혜택을 배제하는 데 있어 국가는 어떤 합리적 사유도 제시하지 못했다고 주장하였었다.

체코 헌법재판소도 비슷한 판단을 한 바 있다.<sup>73)</sup> 연금 혜택을 받기 위한 법률상 의무자격기준요건에 대해 그 요건은 불필요하며, 비례의 원칙과 평등의 원칙에 반한다며 위헌 판결을 내렸다. 그 법령에서는 아이를 부양하기 위하여 연금을 청구할 때에는 2년 내에 청구 할 것을 요구하였다. 헌법재판소는 국가가 공적 사회복지 기금을 적절히 운용하기 위해 일정한 목적을 적법하게 정할 수 있고, 여기에는 연금지급 청구시기를 제한하는 것도 포함할 수 있지만 그 방법은 기본권에 본질적으로 영향을 주지 않는 한계에서 이루어져야 한다고 판시하였다.

비슷한 예로, 미국의 대법원도 구호대상자의 식량카드(food stamp)의 자격요건을 법적으로 제한하는 법령에 대해 위헌을 선언하며,<sup>74)</sup> 원고를 그 프로그램에 포함시키라는 하급법원의 결정을 확인하였다.

사회권에 관한 또 다른 사례들은 헌법, 인권, 제정법령이 요구하는 실질 요건을 충족시키는 서비스(즉, ‘적절한 주거환경’, ‘적절한 치료’, ‘적절한 기초 교육’, ‘합리적인 편의시설’ 등)와 관련된 것들이다. 최소한의 공교육 질을 보장해야 할 정부의 의무와 관련하여 많은 미국 주 대법원의 판결들도 이에 대한 것들이다. 예를 들어, 뉴욕주 대법원은 Campaign for fiscal equity 사건<sup>75)</sup>에서 뉴욕주의 공교육 투자는 적절한 기초 교육을 제공하여야 하는 의무를 규정한 헌법상의 최소한 요

73) Constitutional Court of the Czech Republic, *Pl. US 42/04*, June 6, 2006.참고

74) US Supreme Court, *US Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528, June 25, 1973.참고. 문제가 된 법률은 어떤 가구 구성원과도 관계없는 개인이 하나라도 포함된 가구는 식량 카드혜택에서 배제시켰다. 법원은 이 배제가 “완전히 합리적 근거가 없는” 구별이라고 보아 미국 헌법의 ‘적법절차’ 조항을 위반하였다고 보았다.

75) State Supreme Court of New York, *Campaign For Fiscal Equity v. State of New York et al.*, 710 N.Y.S. 2d 475, January 9, 2001 참고 ; 또한 New York Court of Appeals, *Campaign For Fiscal Equity v. State of New York et al.*, 100 N. Y. 2d 893, June 26, 2003; New York Appellate Division, First Department, *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State of New York*, 2006 NYSlipOp 02284, March 23, 2006.참고.

건을 충족시키지 못했다고 결정하였다. 이 판결은 실질적으로 상소를 받아들인 것이다.

흥미로운 것은 유럽인권재판소가 사회권을 직접 판단하는 제한된 근거를 갖고 있기는 하지만, 사회권에 관한 판결에서 자유권에 대해 허용되는 제한과 유사한 결정기준을 적용한다는 것이다. 자유권을 제한하기 위하여 국가는 합법적인 목적, 목표, 공익 등을 고려하는데, 법원은 종종 필요성과 비례성 원칙을 적용하여 사회권의 보호 결정을 하고 있다.<sup>76)</sup>

## (2) 그루트봄 사건 : 적절한 주거에 대한 권리

유명한 2001년 남아프리카공화국 헌법재판소의 그루트봄사건<sup>77)</sup>에서 정부 주택정책의 헌법 합치성을 평가할 때에도 비슷한 분석이 사용되었다.

무주택자들이 불법 거주하는 남아프리카공화국 웨스턴 케이프 오스텐버그의 한 지역이 토지소유자들에 의해 강제 퇴거조치가 되었다. 이렇게 되자 이들 무주택자들은 영구적 거주 지역을 찾을 때까지 임시 거주시설을 국가가 제공하여 줄 것을 고등법원에 요청하였다. 고등법원은 남아프리카공화국 헌법 제28절제1조(c)에 따라 그 그룹에 속한 아이들은 임시 거주시설을 국가의 비용으로 제공받을 권리가 있다고 하는 결정을 내렸다. 더욱이, 그 아이들을 부모로부터 분리하는 것은 헌법 제28절의 아동에게 영향을 미치는 모든 결정에서는 아동의 이익이 최우

76) 예를 들어, European Court of Human Rights, *James and others v. the United Kingdom*, February 21, 1986 (protection of security of housing tenure is a legitimate goal to restrict the right to property); *Mellacher and Others v. Austria*, December 19, 1989 (rent control follows legitimate goal of protecting the right to housing); *Spadea and Scalabrino v. Italy*, September 28, 1995 (protection from eviction for vulnerable groups is a legitimate goal to restrict property rights). In *Hutten-Czapska v. Poland*, June 19, 2006, 참고: 그 법원은 임대관리 계획들이 어떤 합법적인 목적을 따르고 그러므로 재산권의 제한이 허용되는 한, 임대관리 계획들은 균형적이어야 하고 그러므로 가격은 임대인이 유지비용을 충족하는 데 이를 방해할 만한 수준으로 고정될 수 없다.

77) Constitutional Court of South Africa, *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), October 4, 2000.

선되어야 한다는 규정에 반하는 것이므로 그 아이들의 부모들 역시도 해당 임시 거주시설을 제공받아야 한다고 판시하였다.<sup>78)</sup>

이 사건에서는 헌법재판소에서 사건 심리가 열리기 전에 원고들의 곤경이 해결되었는데, 이는 국가가 일정기준에 부합하는 임시 거주시설을 제공하는 것으로 이들과 합의를 했기 때문이었다. 그 결과, 이 사건은 일반적 문제로서 국가가 이러한 무주택자들에게 임시 거주시설을 제공해야 하는지 여부에 대한 헌법적 판단만 하도록 되었다. 모든 국민은 적절한 주거에 대한 접근권을 갖는다는 헌법적 권리(헌법 제26절제1조)에 기초하여, 헌법재판소는 국가에게 주거권 의무에 부합하는 통합적이고 실행 가능한 계획을 세워야 하는 의무가 있다고 판시한 바 있다.

헌법재판소는 이러한 의무를 준수하는 방법을 결정하는 데에 있어 관계당국은 다음과 같은 3가지 요소를 고려하여야 한다고 하였다.

- 합리적인 입법과 여타 조치를 취할 필요
- 그 권리에 대한 점진적인 실현을 달성할 필요
- 이용가능한 자원을 사용할 요건

채택된 조치의 ‘합리성’과 관련하여, 헌법재판소는 국가는 그루트붐 집단과 같은 ‘완전히 오갈 곳 없는’ 무주택자들의 곤경을 해결하기 위하여 최소한의 실행 계획을 세울 법적 의무가 있다고 판시하였다. 그 당시 국가의 주택정책에 대한 조사에 의하면, 국가주택정책이 영구적이고, 완전히 적절한 저비용의 주택을 제공하는데 그 초점이 맞추어져 있었으며 무주택자들의 임시 거주시설과 기본적인 필요에 대해서는 전혀 고려하지 않았음이 밝혀졌다. 헌법재판소는 국가의 이러한

---

78) *Grootboom v. Oostenberg Municipality*(2000) 3 BCLR 277 (C).

주거정책이 무주택자에게 적절한 공급을 하지 못한 부분에 있어서는 비합리적이  
며 따라서 위헌임을 선언하였다.

### (3) Treatment Action Campaign (TAC): 건강권

위와 유사하게, 남아프리카공화국 헌법재판소는 국민의 건강권에 관한 또 다른  
중요한 사안을 결정하였다. *South African Minister of Health v. Treatment Action  
Campaign* 사건<sup>79)</sup>에서 HIV가 어머니로부터 그 아이들에게 전염되는 것을 감소시  
키는 약물을 공공의료보험서비스에서 배제시키는 것이 부당하다고 재판소는 결  
정하였다(Box 4. 참조).

#### Box 4. 남아프리카공화국 헌법재판소와 HIV의 예방: 작위의무의 합리성 기준

Treatment Action Campaign Case에서 남아프리카공화국 헌법재판소는 HIV 확산 예  
방을 위한 국가의 노력에 대한 적절성여부를 다루었다. 특히 출산시 어머니로부터 그  
자녀로의 전염에 대한 것이 관심의 초점이었다. 국제보건기구(WHO)와 남아프리카공  
화국 약물관리위원회의 연구에 의하면 항레트로바이러스제인 네비라핀(Nevirapine) 한  
알이 출산 당시 HIV의 모자간 전염을 대부분 안전하게 예방한다는 것을 입증하였  
다. 그럼에도 불구하고, 남아프리카공화국은 일반적으로 공공보건시설에서 그 약  
을 제공하기를 거부했다.

HIV/AIDS의 더 나은 예방과 치료 선택권을 증진하기 위한 NGO 및 사회운동연합  
체인 Treatment Action Campaign은 HIV의 모자간 전염을 예방하기 위해 필요한 경  
우 출산여성이 공중보건소에서 네비라핀을 얻을 수 있도록 하고 나아가 국가가  
그런 전염예방을 위해 종합적인 대책을 세울 것을 요구하면서 고등법원에 소송을  
제기하였다.

헌법재판소는 상소심에서 이 사건의 원심 결정을 유지하였다. 헌법재판소는 국가  
가 네비라핀을 널리 공급하지 못하고 더욱이 HIV의 모자간 전염을 예방할 포괄적  
계획을 세우지 못한 것은 부당하며, 나아가 이것은 남아프리카공화국 헌법 제27조  
제1항이 보장하고 있는 가난한 어머니와 그녀의 아이가 의료보험 서비스에 접근

79) Constitutional Court of South Africa, *South African Minister of Health v. Treatment Action Campaign*,  
2002 (5) SA 721, July 5, 2002 참고.

할 권리를 침해하는 것이라 판시하였다. 제시된 증거들에 의거하여 재판소는 네비라핀의 안전성과 효용성에 대한 국가의 우려를 받아들이지 않았다. 또한 공공 의료 서비스 내에 그 약물을 효과적으로 관리하고 그 약물의 사용과 그 효과를 모니터 할 수 있는 상당한 잠재적 능력이 있음을 인정하였다. 그 결과, 재판소는 국가는 모든 공공보건시설에서 네비라핀의 공급이 가능토록 해야 하며 HIV의 모자간 전염을 예방할 포괄적 계획을 세워야 한다고 판시하였다.

## 5. 심사가능성과 국가의 부작위

정치적 기관이라 할 수 있는 입법권과 행정권에 대한 사법심사와 관련하여 잠재적으로 논쟁의 소지가 있는 이슈는 법원에서 입법기관과 행정기관의 작위뿐만 아니라 부작위에 대해서도 통제할 수 있느냐는 것이다.<sup>80)</sup> 이것은 승인된 권리나 목적의 실행이 법률이나 행정입법을 필요로 할 때 책임있는 기관이 그러한 행위를 하지 않을 경우, 사법심사의 범위, 궁극적으로는 우리가 뒤에 살펴 볼 사법구제의 범위에 대한 문제를 야기시킨다. 여기서 생각할 3가지 포인트는 다음과 같다.

첫째, 이 이슈는 사회권에 국한된 것이 아니라 법률이나 행정입법을 요하는 모든 권리들(자유권, 사회권 등)과 관련된다. 그러한 사실에서 법원은 이미 입법부작위와 행정부작위에 대하여 사법심사를 하는 방법을 모색하지 않으면 안 되었다. 법원에서 자유권과 관련된 부작위에 대해서 언급하고 있는 사실이 그 심사가능성을 제한하는 것은 아니다. 예를 들어 국제법 상 고문금지 규정으로부터 발생하는 많은 의무에 의하면 고문은 범죄행위로 간주된다. 그리고 고문으로 얻어진 증거는 형사재판에서 증거로 채용되어서는 안 된다. 몇몇 법제 하에선 이런 요구들의 이행은 형법전에 새로운 범죄를 규정하고, 고문으로 얻어진 증거는 배제시킨다는 형사소송법의 개정으로 나타난다. 여기에서 만일 이러한 입법화가 되지

80) 부작위를 통한 위반의 예로, Maastricht Guidelines, Guideline 15 참고.

않았다고 해서 고문을 받지 않을 권리가 사법 심사할 수 없는 권리가 된다는 뜻은 아니다. 더 나아가 국가는 적절한 수단을 통하여 이들 권리로부터 파생하는 의무들의 완전한 보장을 위해 적극적인 의무를 져야만 한다. 이러한 논리는 사회권과 관련된 부작위에서도 같다.

둘째로 법적 기준에 따라 작위와 비교하여 부작위를 평가하는 것이나 불충분한 작위를 평가하는 것이 특별히 어려운 일이 아니다. 문제는 일단 부작위임이 판명되어 적절한 구제책을 결정하려고 할 때 생기는 것이다.

셋째로 입법기관이나 행정기관이 꼭 필요한 법규를 채택하지 않기도 하지만, 그러한 절대적 부작위의 빈도를 과장해서는 안된다. 실제로 입법 기관이나 행정 기관 헌법적인 의무에 대하여 아무 것도 하지 않는 경우는 별로 없기 때문이다.

사회권의 사법적 해석에 대한 많은 판례들은 행정작용이 법적 의무를 따르지 않는다는 주장에 관련되었거나, 현행법률이나 행정입법이 의무를 충족시키지 못하거나 금지규정을 위반한다는 이유로 그들을 반대하는 주장에 관련되어 있다. 그러므로 법원에서 절대적 부작위를 판단하는 일은 거의 없다. 그보다는 헌법상 또는 법령상의 의무나 금지를 부적절하게 이행하였다고 판단하는 경우가 훨씬 많다. 이전에 언급된 판례들(예컨대 *Grootboom*, *TAC*, *Asociacion de Esclerosis Multiple*, *Campaign For Fiscal Equity*)도 절대적 부작위가 아닌 부분적 부작위의 예들이다. 이들 사건에서 법원은 특정 사회권에 상응한 기존의 공공정책이 필요한 법적 기준을 충족하였는지를 판단하였다. 즉, 기존의 공공정책이 선택한 수단들이 어떤 그룹을 배제하였거나, 적절한 투자를 제대로 하지 못했거나, 혹은 필요한 실질적 요소를 갖추지 못했기 때문에 법적 의무 달성을 하지 못하였는지를 판단한 것이다.

## 6. 존중, 보호, 충족 의무

사회권규약위원회는 모든 사회권은 다른 인권과 마찬가지로 존중, 보호, 충족 의무를 포함하고 있다고 주장하며 국가의 의무를 다층적으로 분류하였다. 이러한 국가의 의무에 대한 해석은 ‘사회권 위반에 관한 마스트리히트 원칙’에 반영되었다.<sup>81)</sup>

이러한 3중 의무 개념은 권리보유자, 권리가 부여하는 보호에 대한 권리보호자의 접근, 그 접근에 대한 잠재적 위협요소와 국가의 역할 사이의 각각 관계에 대한 각기 다른 가정에 기반을 두고 있다.

사회권규약위원회는 사회권규약에 의해 보호되는 권리들에 관한 몇몇 일반 논평에서 이러한 다층구조 분류의 적용을 모색하였다. 또한 일반논평을 통해 위원회는 사회권에서 파생하는 의무들과 이런 의무들에 대한 위반의 유형을 정리하였다. 사회권에 따른 의무를 이렇게 정리하는 것은 사회권에 대한 심사가능성 자체를 거부함으로써 발생하는 문제들을 설명하는 데에 도움을 준다.

### (1) 존중의무

존중의무는 어떤 특별한 자유나 권리를 향유하는 데에 있어 부당하게 국가가 개입하는 것을 하지 못하도록 하는 데에 초점을 맞춘다. 국가에게는 간섭하지 말 것이 요구된다. 그럼에도 불구하고 간섭을 방지하기 위해서는 국가는 적극적인 조치를 취해야 할 수도 있다. 예컨대, 국가기관이 어떤 특정 행위를 하는 것을 금지하거나 또는 의무를 위반하면 손해배상을 한다든지 하는 조치가 취해져야 한다.

사회권의 존중의무를 보장해주는 사법적인 개입은 사전예방적인 것이든 사후

---

81) Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Guideline 6 참고.

보상이나 배상을 통한 것이든 간에 전통적 개념의 자유권 소송과 실질적으로 다르지 않다. 즉 (권리자의) 현상유지를 위협하는 국가의 행위에 맞서 보호하는 것이다. 잠재적인 피해자들이 이미 식량, 주거, 근로, 소득, 그리고 보건치료 등과 같은 필수적인 사항을 국가로부터 제공받고 있는 경우에 특히 문제가 된다. 그러므로 존중의무는 아래의 상황에서 사법심사가 가능하다.

- 국가에 의해 조직됐거나 인가된 강제 퇴거로부터 보호
- 국가 행위자에 의한 건강에 대한 직접적 위협으로부터의 보호
- 국가가 제공해오던 기존의 보건치료의 중단으로부터 보호
- 공공영역에서 임의적인 해고에 대항한 보호
- 사회보장제도에서 퇴보적이고 소급적인 후퇴조치로부터의 보호
- 소수민족의 고유 언어나 특정 문화 혹은 종교에서 중요한 상징적 가치를 가지는 것을 사용하는 것을 국가가 방해하는 것으로부터 보호

## (2) 사회권의 존중의무: 관련 판례들

전 세계 법원의 몇몇 판례들은 사회권 존중의무의 중요성을 잘 보여 준다. Islamic Community in Bosnia and Herzegovina 사건<sup>82)</sup>에서 보스니아-헤르체고비나 인권부(Human Rights Chamber)는 정부 당국이 이슬람의 모스크 유적을 파괴하고 무덤을 모독하였고 파괴된 모스크를 재건하려는 이슬람 사회의 노력을 방해하는 등의 방법으로 이슬람 사회의 종교에 대한 기본권과 재산권을 침해 하였다는 사실을 밝혀냈다.

82) Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, CH/96/29, *The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. The Republic Srpska*, June 11, 1999 참조.

보스니아-헤르체고비나 인권부(Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina)는 보스니아-헤르체고비나 기본평화협정(데이톤 평화협정)에 따라 설치된 사법기관이다. 이 기관은 유럽인권협약과 의정서에서 보장하는 인권침해와 사회권규약 등 15개의 국제인권조약에서 보장하는 권리와 자유에서 비롯되는 차별행위를 판단할 수 있는 권한을 갖고 있다.

다른 예는 남아프리카공화국의 헌법재판소의 판례이다. *Jaftha v. Schoeman* 와 *Van Rooyen v. Stoltz* 사건<sup>83)</sup>에서 헌법재판소는 적절한 사법적 통제 없이 재판으로 확정된 채무를 변제키 위해 주택의 매각을 허용한 치안판사법(Magistrate's Courts Act) 조항이 모든 사람들의 적절한 주거 접근권에 대한 존중의무를 위반하였다고 판시하였다(역자 주: 주거권이 위협되는 상황에서 채무변제를 위해 채무자가 유일하게 소유하는 주택에 대해 강제경매등의 조치를 허용하는 경우를 의미하는 것으로 보임). 비슷한 사례로 아르헨티나 대법원에서는 국가가 국유주택 임차인들에게 자동적으로 퇴거명령을 내릴 수 있도록 한 지방 행정법 규정이 적법절차의 원리와 주거권을 침해하여 위헌이라고 판시하였다.<sup>84)</sup> 대법원은 판결에서 명백하게 적법절차의 권리와 퇴거절차에 법적으로 이의제기를 할 수 있는 권리 그리고 적절한 주거에 대한 권리를 연결지었다. 이 판결에서는 특별히 사회권 위원회의 일반논평 4(적절한 주거에 대한 권리) 와 일반논평 7(강제퇴거)이 인용되었다.

강제노동을 하지 않을 권리에 대한 사건<sup>85)</sup>에서 유럽사회권위원회는 강제병역 의무 대신에 양심적 병역거부자들이 대체복무를 수행하도록 하는 그리스 정부의 법률을 심사하였다. 이 사건에서 위원회는 군복무기간에 비해 민간 대체복무기간이 지나치게 길다고 판단하였다.

독일연방헌법재판소는 또 다른 판례들을 제시한다. 몇몇 판례에서 과세관청은 최저생계를 위협하는 징세권은 행사할 수 없다고 판시하였다.”<sup>86)</sup> 그러므로 의회

83) Constitutional Court of South Africa, *Jaftha v. Schoeman; Van Rooyen v. Stoltz*, (2005) 1 BCLR 78 (CC) October 8, 2004. 이 사건의 요지는 *Danie Brand*에서 인용하였음.

84) Buenos Aires Supreme Court (*Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido*, October 7, 2002, *Comisión Municipal de la Vivienda c. Tambo Ricardo s/desalojo*, October 16, 2002 참고.

85) European Committee of Social Rights, *Quaker Council for European Affairs (QCEA) v. Greece*, Complaint N° 8/2000, April 27, 2001 참고.

86) 예를 들어, German Federal Constitutional Court, *BVerfGE 82, 60(85), BVerfGE 87, 153(169)* 참고.

는 기본생활에 필요한 재산을 존중할 의무를 가지며 그러한 한계 이상으로 세금을 부과할 수 없다고 하였다.

### (3) SERAC and CESR v Nigeria 사건

Social and Economic Rights Action/Center for Economic and Social Rights (SERAC and CESR) v Nigeria 사건에서 아프리카인권위원회는 사회권 향유를 존중할 의무들에 대한 개념을 확인하였다.<sup>87)</sup> 위원회에서는 다음과 같이 판시하였다.

“존중의무란 국가는 국민이 모든 기본권들을 향유하는 것에 간섭해서는 안 됨을 의미한다. 즉 국가는 권리보유자를 존중해야하고 그들의 자유, 자치, 자원 그리고 행동의 자유를 보장해 주어야 한다. 사회경제적 권리에 관해서는, 국가는 국민 개개인이나 가정 및 가족을 포함한 단체의 사람들이 권리실현을 목적으로 그들의 재산을 자유롭게 사용하고 처분하는 것을 존중하여야 한다. 그리고 공동체의 경우에서도 공동체에 속한 자원은 그들의 욕구를 충족하기 위하여 사용할 때 존중받아야한다.”<sup>88)</sup>

위원회는 나이지리아 정부가 “오고니 마을과 집들을 공격하고, 파괴하고 불태움으로써”<sup>89)</sup> 직접적으로 건강권과 건전한 환경 존중의무를 위반하였다고 하였다. 또한 주거권의 침해도 있었다고 판시하였다.

“최소한, 주거권은 나이지리아 정부가 국민들의 집들을 파괴해서는 안 되고 개인이나 집단이 파괴된 집들을 재건하려고 노력하는 것을 방해해서는 안 된다는 의무를 부과한다. 국가의 주거권에 대한 존중의무란 국가의 모든 기관 및 공무원

---

87) African Commission on Human and Peoples' Rights, *SERAC and CESR v. Nigeria*, Communication N° 155/96, October 13-27, 2001 참고.

88) *Ibid.*, para. 45 (각주 생략).

89) *Ibid.*, para. 54.

들이 불가침의 개인의 영역을 침해하는 법령, 정책 또는 집행을 묵인하거나 후원하거나 수행하여서는 안 된다는 것을 의미한다. 아울러 국민 개개인이 개인, 가족, 가정 또는 공동체의 주택의 필요에 따른 욕구를 충족시키기 위한 방편으로 가용 자원이나 물질들을 이용할 수 있는 자유는 법령, 정책 또는 실행에 의하여 침해되어서는 안 된다. [중략] 정부는 오고니 마을과 주택들을 파괴하였으며 그 이후 폐허가 된 고향을 재건하기 위해 복귀한 무고한 사람들을 공권력을 투입하여 차단하고, 괴롭히고, 폭력을 행사하고, 어떤 경우엔 발포하여 살상하였다. 이러한 행위는 아프리카 헌장 제14조, 제16조, 제18조 제1항 위반이며 국민의 주거권을 심각하게 침해한 것이다.”<sup>90)</sup>

같은 식으로 위원회는 나이지리아 정부가 식량권의 존중의무를 위반하였다고 판시하였다.<sup>91)</sup>

#### (4) 보호의무

보호의무 아래에서, 국가는 권리보유자들이 어떤 특정의 자유권을 향유하는 것을 제3자에 의해 부당하게 방해받고 있을 때 이를 방지할 책임이 있다. 그러므로 여기에선 제3자의 권리침해를 보호하기 위한 국가의 예방, 중지, 구제, 처벌 등의 의무가 강조되어야 한다. 보호 의무는 보통 다음 중 한 과정 이상을 거쳐 달성된다.

- 사인 간의 행위에 대한 국가의 규제
- 규제를 준수하고 있는지에 대해 조사하고 모니터링 하는 것
- 고용주, 지주, 의료서비스나 교육서비스의 제공자, 공해우려가 있는 공장, 식료품 공급자등과 같은 사인들의 불준수에 대해 집행되는 행정적, 사법적 제재조치<sup>92)</sup>

90) *Ibid.*, paras. 61-62.

91) *Ibid.*, para. 66.

92) Maastricht Guidelines, Guideline 15(d) 참고.

사회권 보호 의무를 보장하기 위한 사법적 개입(예컨대, 예방적이거나 소급적 혹은 배상적 방법의 개입)은 자유권 영역에서 국가가 제3자에 의한 작위나 부작위에 의한 침해로부터 보호하도록 하기 위한 소송과 유사하다. 사인들이 인간다운 삶에 본질적으로 필요한 사항들을 위협받을 때 사법적 개입은 권리를 보호할 수 있는 수단이 된다. 이러한 수단은 규제나 법집행과 같은 공권력 행사와 함께 작동되어야 한다. 노동권, 의료 및 교육서비스를 받을 권리, 주거권, 식량권 같은 기본적 사회권이 과도하게 시장이나 제3자의 공급에 맡겨지게 되는 경우가 있다. 이런 상황은 국가로 하여금 보호 의무를 어떻게 수행할 것인지에 대해 고민을 야기한다. 그러나 사인들 간의 행위를 규제하여 보호해야하는 국가의 의무는 사인들 간에 힘의 불균형이 있을수록 더 커지게 되는 것이 사실이다.

사회권 보호의무와 관련하여, 사인 간의 행위나 부작위의 통제수단으로의 사법적 개입은 다음과 같은 예들에서 찾아 볼 수 있다.

- 사적으로 수행된 강제퇴거로부터 보호
- 사기업에서의 근로 조건의 보호
- 사적영역에서 의료 및 교육의 필요조건을 충족하지 못한 경우의 보호
- 보건, 물 공급, 주거나 교육과 같은 기본 서비스 공급계약에서의 차별로부터의 보호
- 기본적 서비스 공급계약의 자의적 폐기나 변경행위로부터의 보호

### **(5) 사회권 보호의무 – 관련 판례들**

국내외의 법원들과 준사법 기관에서 다루어진 몇몇 사례들을 보면 제3자로부터 사회권이 침해될 때 국가가 피해자를 보호할 의무를 준수하였는지 여부를 알 수 있다.

특히 미주인권재판소의 두 사건에서 재판소는 콜롬비아의 민병대 조직에 의해 감행된 대학살을 국가의 사회권 보호의무 위반으로 간주하였다.<sup>93)</sup> 이 대학살로 인해 민간인들은 강제퇴거 및 강제이주로 생활터전을 잃었다. 이 두 사건에서 재판소는 해당 지역에 전반적인 책임을 지고 있으면서도 민병대에 맞서 국민을 보호하지 못한 군대에 책임이 있다고 판시하였다.

앞서 살펴 본 나이지리아 사건(SERAC and CESR)<sup>94)</sup>에서 아프리카인권위원회 역시 오고니 마을 주민들의 전통적인 생활양식을 파괴하고, 자연자원을 오염시킨 민간석유회사의 만행을 방지·규제하지 못한 데에 국가에 잘못이 있다고 지적하였다. 위원회는 국가가 건강권, 깨끗한 환경을 가질 권리, 국민의 재산과 자연자원의 저하를 방지해 줄 권리에 대한 보호 의무를 다하지 못했다고 하였다.

경찰이 집시 공동체를 보호하지 못하고, 폭도들에 의해 집들이 불태워지고, 집과 직장 등 삶의 터전을 잃고 시민들이 도망가야 했던 사태에 대해, 유엔 고문방지위원회는 사회권을 보호하지 못한 국가의 부작위가 잔인하고, 비인간적인 처우에 상당한다고 하였다.<sup>95)</sup>

유럽사회권위원회가 집단진정절차에 따라 결정한 최초의 사건은 **International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal** 사건이다.<sup>96)</sup> 이 사건은 준사법기관의 보호

---

93) Inter-American Court of Human Rights, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, September 15, 2005, paras. 167-189 (violation of the right to freedom of movement and residence); *Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006, paras. 172-200 (violation of the right to property and the right to privacy, family life and home) and 204-235 (violation of the right to freedom of movement and residence) 참고.

94) African Commission on Human and Peoples' Rights, *SERAC and CESR v. Nigeria*, Communication N° 155/96, October 13-27, 2001. 보호 의무에 관하여 paras. 46, 61 and 65. 참고, 이러한 의무위반에 대한 판결들은 paras. 55, 57-58 and 66. 참고, 논평에 대하여 F. Coomans, "The Ogoni Case Before The African Commission on Human and Peoples' Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52 (2003), p. 749-760. 참고

95) UN Committee against Torture, *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia*, Communication N° 161/2000, December 2, 2002. (check Yugoslavia) 참고. 두 회원국은 그 행위가 고문에 해당한다고 판단하여 부분적으로 반대하였다.

의무에 대한 판단의 예가 된다. 유럽사회권위원회는 유럽사회헌장 제7조제1항에 규정된 대로 아동노동금지(15세 이하의 청소년의 고용을 금지하는 것)는 모든 종류의 기업과 경제 주체들에 적용된다고 판단하였다. 여기에는 유급, 무급 여부에 상관없이 농업과 가내 공업, 가사 노동, 가족영업, 하도급 계약 등 모든 사업이 포함되고 심지어는 가족 내의 일까지도 해당된다고 하였다.<sup>97)</sup> 또한 국가가 노동감시관의 역할을 제한하는 등 아동의 근로환경에 대하여 적절한 감독의무를 다하지 않은 것이 유럽사회헌장 제7조제1항의 위반에 이르렀다고 판단하였다.

사교육 문제를 다룬 많은 사건에서 콜롬비아 헌법재판소는 다음과 같이 결정하였다. 교육권의 기본권적인 특성 때문에 사립학교는 특별한 의무를 지며, 이것으로 인해 징계권이나 학부모와의 계약적 관계를 해지할 권리 등에 영향을 준다.

몇 가지 사례를 들면 다음과 같다.

- 학기 중에 임신한 학생을 퇴학 처리한 것은 교육권 침해에 해당하므로 법원은 그 학생의 재입학을 명령하였다.<sup>98)</sup>
- 두 학생의 용모불량을 이유로 퇴학 처리하겠다는 학교 측의 위협은 교육받을 권리와 자유로이 개성을 신장할 권리 침해에 해당한다.<sup>99)</sup>

미국 장애인법에 근거를 둔 청구 역시 법원에서 사회권을 실행토록 할 잠재성을 보여준다. 미국 장애인법(The American with Disabilities Act)은 일반 대중들에게 제공되는 영업이나 서비스를 장애인들도 이용가능하게 해야 한다고 규정하고

96) European Committee of Social Rights, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, Complaint N° 1/1998, September 10, 1999. 참고.

97) *Ibid.*, paras. 27-28.

98) 예를 들어, Colombian Constitutional Court, *Case T-211/95, May 12, 1995*. 참고 또한, *T-377/95, T-145/96, T-180/96, T-290/96, T-667/97 and T-580/98*. 참고.

99) Colombian Constitutional Court, *Case T-065/93, February 26, 1993*. 참고.

있다. 법원은 두 건의 집단 소송에서 그 이전에 수많은 장애인들의 이용을 금지했었던 영화관과 주유소 가맹점들을 이용가능하도록 하는 의무를 부과하였다.

100)

## (6) *Etcheverry v. Omint* 사건

아르헨티나의 여러 판례에서 건강권과 관련하여 보호 의무를 다루었다. *Etcheverry v. Omint* 사건<sup>101)</sup>에서 대법원은 HIV 양성반응자에게 가입자 자격 유지를 거절한 사실 의료보험펀드의 행위는 건강권 위반이라고 판시하였다. 원고는 직장에서 제공하는 의료보험의 가입자였는데, 직장을 잃고 난 후에 개별적으로라도 의료보험의 혜택을 유지하려고 하였다. 그런데 원고가 HIV 양성반응자라는 사실이 알려지자 의료보험회사에서는 가입자 자격 유지를 거절했다.

대법원에서는 법무부장관의 의견을 받아들여 의료보험회사들은 고객들에게 상업적 거래 이상의 특별한 의무를 진다고 판시하였다. 이에 따라 의료보험회사들은 국제인권조약에서 보장하는 바와 같이 건강권 보호 의무를 가지므로, ‘고객에 대한 사회적 약속을 부담’<sup>102)</sup>한다고 하였다. 이에 따라 대법원은 의료보험회사에게 원고의 가입자 자격 유지를 명령하였다.

## (7) 총족의무

총족의무란 국가가 권리 실현을 촉진하고 필요한 자원을 제공하며 권리 수준

---

100) US Federal Court of Appeals, Ninth Circuit (Southern California) *Molski v. Gleich*, 307 F.3d 1155, 2 Cal. Daily Op. Serv. 10,310, 2002 Daily Journal D.A.R. 11,901 (2003) 참고. (피고에게 부과된 합의사항에 의해 피고는 장애인들의 접근이 용이한 약 1,200개의 주유소들과 편의점들을 만들어야 한다); Federal Circuit Court (Northern California), *Arnold v. United Artists Theatre Circuit, Inc.*, 158 FRD 439, 452 (ND Cal.), modified, 158 FRD 439, 460 (1994) (피고에게 부과된 명령에 의해 피고는 장애인들의 접근이 용이하도록 2,300개의 스크린들을 가진 약 400개의 영화관을 만들어 운영하여야 한다).

101) Argentine Supreme Court, *Etcheverry, Roberto E. v. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, Attorney General's brief of December 17, 1999, and Judgment of the Court of March 13, 2001.참고.

102) 비공식 번역임.

을 증진할 의무 등을 진다는 것이다. 특히 이것은 권리 실현방법이 제한적이거나 존재하지 않을 때 해당된다. 이러한 상황에서 국가는 사회권 전반에 대한 접근 향상을 가져올 수 있는 적극적 기관으로서의 역할이 기대된다. 그러므로 다음 사항들에 대한 국가의 행위가 강조된다.

- 문제된 상황을 파악하는 것
- 권리구제를 제공하는 것
- 권리보유자 스스로 권리를 실현할 수 있도록 환경을 조성하는 것

사회권 충족의무는 사회권의 완전한 향유에 장애가 되는 요소들을 제거하는 의무를 포함한다. 이것은 또한 취약계층에게 불리한 차별적인 사회 문화적 제도들을 바로잡을 수 있도록 법을 이행할 것을 요구한다.

## (8) 충족의무 - 관련 판례들

사회권 조항의 충족의무와 관련된 사건들은 사회권 관련 서비스에 대한 접근 가능성과 서비스 제공을 위해 필요한 법률이나 행정입법의 존재 여부를 판단하는 것과 관련되어 있다. 설령 그러한 법률 등이 존재한다고 하더라도 그것이 합리성, 적합성, 평등과 차별 금지의 기준을 만족시키지 않으면 안 된다.

판례들은 다음 사항과 관련되어 있다.

- 완전 또는 불완전 부작위
- 서비스의 질에 관한 실질적 기준 불충족
- 서비스를 계획하고 실행하고 모니터링 하는 데 있어서 절차적 기준 불준수
- 불충분한 자원의 분배
- 법률상 의무의 불이행

- 공공부문 서비스를 민간에게 위탁한 경우 사적 행위자를 규제 혹은 통제하지 않음
- 자격 요건을 갖춘 이들에 대한 서비스의 미제공

충족의무는 국가의 적극적인 조치를 필요로 하기 때문에 충족의무 위반에 관한 대부분의 사례들이 국가 부작위에 관한 것이다. 부작위가 있음이 밝혀지면 적극적 조치를 취해야 하는 것으로 통상 연결된다(예를 들면 입법화하거나 일정한 처우를 제공하고 정책을 실행하는 것).

*Grootboom* 사건은 충족의무와 이행과 관련한 사법적 심사의 좋은 예가 된다.<sup>103)</sup> 앞서 언급한대로 남아프리카공화국 헌법재판소는 정부의 주택정책이 그 사건에서 강제퇴거를 당한 사람들과 같은 사회적 취약집단을 고려하지 않았다고 판시하였다.

*Autism-Europe v. France* 사건에서<sup>104)</sup> 유럽사회권위원회는 프랑스 정부가 취한 조치가 자폐증환자들 특히 어린이 환자들을 지도, 교육, 직업 훈련을 하는 것에 있어서 불충분하여, 개정된 유럽사회헌장의 의무를 충족하지 못한다고 판단하였다.

미국의 경우 장애인교육법 (IDEA)에 따른 많은 청구가 제기되었는데 법원은 교육당국이 법령에 규정된 충족의무를 위반하고 있다고 판시하였다. 교육당국은 개별적 교육 계획도 수립하지 않았으며, 장애를 가진 학생들의 특별한 필요에 맞추려는 노력도 하지 않은 채, 그들을 정규 교육과정에 포함시켜 놓았다.<sup>105)</sup> 이와

103) Constitutional Court of South Africa, *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), October 4, 2000.

104) European Committee of Social Rights, *International Association Autism-Europe v. France*, Complaint N° 1/2002, November 7, 2003. 참고.

105) 예를 들어, US Federal 3rd Circuit Court, *Oberti v. Board of Education of the Borough of Clementon School District*, 995 F.2d 1204 (3d Cir. 1993), May 28, 1993, and US Federal 9th Circuit Court, *Sacramento City Unified School District v. Rachel H.*, 14 F.3d 1398 (9th Cir. 1994), January 24, 1994 (학

유사한 사례에서 이스라엘 대법원은 장애학생들의 교육받을 권리는 단지 무상 특수교육에 그치는 것이 아니라 통합 교육적 환경에서 교육을 받을 권리를 포함한다고 판시하였다. 이 사건에서 법원은 정부에게 이러한 서비스를 할 수 있는 예산적 조치를 취할 것을 명령하였다.<sup>106)</sup>

*People's Union For Civil Liberties v. Union of India and others* 사건에서 인도 대법원은 사회권 충족의무에 대해서 판시한 바 있다.<sup>107)</sup> 라자스탄 주에서 기근이 들어 많은 사람들이 굶어 죽었는데 당시 정부는 응급식량이 비축되어 있었음에도 이를 방출하지 않았다. 많은 잠정조치를 통하여 대법원은 정부가 기아를 예방하고 대응하는 조치를 이행하지 않았다고 판단하고 그러한 상황에 대처하기 위한 구체적 응급조치를 수립할 것을 명령하였다.<sup>108)</sup>

보건의료에 대한 공공당국의 적극적 조치를 요구하는 사법적 결정은 집단적으

---

군들은 일반 학교에 장애 학생들을 수용하여야 하고, 장애 학생의 특수교육에의 배치는 일단 일반 학교에서 해당 장애 학생에게 모든 노력을 기울였음에도 불구하고 그 학생이 일반 교실에서 만족스런 발전이 이루어 지지 않았을 때에만 정당화 될 수 있다. 미국 대법원은 이전 판례에 의거하여 비슷한 결정을 내렸다. *The Education of the Handicapped Act*. See US Supreme Court, *Irving Independent School District v. Henri Tatro*, 468 US 883, 104 S.Ct. 3371, 82 L.Ed.2d 664, 18 Ed. Law Rep. 138, 1 A.D.D. 154, July 5, 1984 (이 사건에서 관철시킨 법은 해당 학교가 선천성 spina bifida를 가지고 있는 8살인 학생에게 깨끗한 간헐적 카테터 입관을 제공하여 그녀가 특수 교육 교실에 출석할 수 있도록 할 것을 요구한다); *Honig v. John Doe and Jack Smith*, 108 S.Ct. 592, 484 US 305, 98 L.Ed.2d 686, 56 USLW 4091, 43 Ed. Law Rep. 857, 1 A.D.D. 333, January 20, 1988 (법은 국가나 지방 학교가 장애 아동의 장애로부터 기인한 위협이나 방해로 이유로 장애 심사 절차 이전에 교실에서 일방적으로 배제시키는 것을 금지한다).

106) Supreme Court of Israel, *Yated and others v. the Ministry of Education*, H CJ 2599/00, August 14, 2002.참고

107) Supreme Court of India, *People's Union For Civil Liberties v. Union of India and others*, May 2, 2003.참고

108) 그것들 중에 정부에 요청한 사항으로는,  
 • 기근 법령을 3개월간 이행할 것  
 • 실행계획을 짜서 식량을 위한 곡물 배급을 두 배로 늘리고, 다른 식량 대책을 위한 재정을 늘릴 것  
 • 식량 배급 공급자가 공개되고 빈곤 수준 이하의 가족들에게 정해진 가격으로 곡물을 공급할 것을 보장하고, 빈곤한 가족들이 곡물의 권리를 가짐을 공표할 것  
 • 모든 개인들에게 무상 곡물 배급 카드를 허가하고 학교에서 식사 계획을 점진적으로 이행할 것

로 또 개별적으로 제기된 사건에서, 많은 나라에서 공통점을 가지고 있다. 라틴 아메리카국가들의 법원에서 이 분야의 소송이 특히 활발하다. 예를 들어 아르헨티나 대법원은 HIV양성반응자들의 권익을 옹호하는 NGO들에 의해 제기된 소송에서 우호적인 판단을 한 바 있다. 대법원은 보건부장관에게 공공병원에 HIV치료와 관련된 약들을 충분히 공급하라고 명령했다.<sup>109)</sup> 아르헨티나 대법원의 다른 많은 판례들은 의료치료와 건강관리 서비스에 접근에 대한 개인의 청구에 관한 것들이다. 대법원은 두 개의 중요한 판례를 통해 국제인권조약이 국가에게 의료치료에의 접근을 용이하게 할 적극적 의무를 부과하였다는 것을 명백히 하고, 행정부에 적극적 의무이행을 명령하였다.<sup>110)</sup> 그리고 대법원은 또한 임시조치를 통하여 의료품의 배급을 명령하였다.<sup>111)</sup>

콜롬비아 헌법재판소 역시 같은 길을 걸어 왔는데, 수백건의 사건에서 사회보장청에 필수약품공급과 치료를 위해 임시구제조치나 명령을 내렸다.<sup>112)</sup> 사법기

109) Argentine Supreme Court, *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acció Social - 4 Estado Nacional s/amparo ley 16.688*, June 1, 2000. 참고.

110) Argentine Supreme Court, *Campodóico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neopláicas*, October 24, 2000; *Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acció Social - Comisió Nacional Asesora para la Integració de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitació y Promoció de la Persona con Discapacidad*, October 16, 2001. 참고.

111) Argentine Supreme Court, *Alvarez, Oscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acció de amparo*, July 12, 2001; *Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo*, April 04, 2002; *Díz, Brúida c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acció Social de la Nació) s/amparo*, March 25, 2003; *Benéz, Victoria Lidia y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acció de amparo*, April 24, 2003; *Mendoza, Aníal c. Estado Nacional s/amparo*, September 8, 2003; *Rogers, Silvia Elena c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acció de amparo*, September 8, 2003; *Sáchez, Enzo Gabriel c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/acció de amparo*, December 18, 2003; *Laudicina, Angela Francisca c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acció de amparo*, March 9, 2004; *Sáchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acció de amparo*, May 11, 2004. 참고. 법원은 다음 사건에서 스스로 판단권한 없음을 결정했지만 그럼에도 잠정 금지구제조치를 명령하였다. *Diéuez, Veróica Sandra y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/acció de amparo*, December 27, 2002; *Kastrup Phillips, Marta Néida c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acció de amparo*, November 11, 2003; *Podestá Leila Grisel c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acció de amparo*, December 18, 2003, among others.

112) 콜롬비아 헌법 법원에 의해 결정된 판례의 숫자는 인상적이다. *T-067/94, T-068/94, T-204/94, T-571/94, T-020/95, T-049/95, T-179/00, T-1034/01 and T-1101/03* (장애 아동의 건강이 위협할 때 치료

관에서 의약품의 공급과 치료를 명령하는 것은 브라질에서도 흔하다.<sup>113)</sup> 코스타리카 대법원의 헌법재판부 역시 많은 판례에서 공공관청이 시의적절한 의료치료를 제공할 것을 촉구하였다.<sup>114)</sup> 나아가 베네주엘라 대법원은 집단소송에서 국가가 170명의 HIV양성반응자들에게 항-레트로 바이러스 치료제를 제공하여야 한다고 판시한 바 있다.<sup>115)</sup>

### (9) *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal* 사건

이 사건<sup>116)</sup>은 남아프리카공화국 헌법재판소 판례로 사회권의 사법심사가능성의 한계를 결정한 판례로 종종 등장한다. 이 사건은 보건당국이 한정된 자원을 보다 합리적으로 사용한다는 취지의 정책을 취함으로써 국가가 제공하는 투석치료를 받아야 하는 신장병을 가진 노인에게 치료 대상자에서 제외시킨 사건이다. 이 사건에서 법원은 보건당국의 결정을 지지하였고 결국 그 노인은 치료를 받지 못하고 사망하였다. 그러나 이 사안에서 법원은 건강권이 사법심사의 대상이 되는지 여부에 대해서 다룬 것이 아니라, 단지 이 사건이 남아프리카공화국 헌법에

및 약품 공급); T-533/1992 (가난한 사람들이 무료로 치료받을 수 있도록 하는 것); T-179/1993 (임산부의 건강권); T-153/1998, T-535/1998, T-606/1998, T-607/1998, T-530/1999, T-575/1999 and T-233/2001 (수감자가 적시에 치료 받을 수 있도록 하는 것); T-098/2002, SU-1150/2000, T-1635/2000 and T-327/2001 (강제 이산된 자의 의료 혜택 및 치료에의 접근); 889/2001 (적시에 치료 받을 수 있는 권리); T-376/2000 (재활 서비스 접근권); SU-480/1997, T-283/1998; T-328/1998 and T-329/1998 (의료보험으로 충당되지 않는 치료나 투약에의 접근 및 자의적 혜택 배제); T-366/1999, T-367/1999, aT-849/2001 (건강권의 일환으로 진단 받을 수 있는 권리) 등 참고.

113) 예를 들어, Sao Paulo Justice Tribunal (*Tribunal de Justiça de São Paulo*), cases (*acordões*) 068.167-5/9-01, 126.471-5/6-00, 068.167-5/9-01, 134.507-5/5-00, 165.207-5/8-00, 169.790-5/6-00, 178.687-5/7-00, 178.224-5/5-00, 178.250-5/3-00, 187.912-5/6-00, 182.452-5/0-00, 177.207-5/0-00, 204.526-5/6-00, 171.946-5/9-00, 202.837-5/0-00, 208.353-5/5-00, 203.576-5/6-00, 209.451-5/0-00, 197.264-5/6-00, 209.431-5/9-00, 208.398-5/0-00, 209.366-5/1-00, 211.215-5/3-00, 209.935-5/9-00, 211.907-5/1-00, 215.465-5/2-00, 214.029-5/6-00 and 206.934-5/2-00. 참고 이것은 단지 몇몇의 예들임. 이것들 모두는 2000년과 2001년 Sao Paulo 시의 HIV-AIDS 치료에 관한 사례이다.

114) 예를 들어, *Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica (Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia)*, decisions 04684-2005, 13436-2005, 13216-2005 and 02980-2006. 참고

115) *Supreme Court of Venezuela (Suprema Corte de Justicia)*, Cruz Bermúdez y otros v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, Case N° 15.789, Decision N° 916, July 15, 1999. 참고.

116) *Constitutional Court of South Africa, Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC), November 27, 1997. 참고.

서 규정하고 있는 긴급치료 제공의무의 대상이 되지 않는 것이라고 보았다. 그러므로 이 사건은 헌법에서도 보장된 건강권에 관한 사건이다. 법원에서는 그 사건이 사법심사의 대상이 된다는 것을 주저 없이 받아들였다. 법원은 합리성 척도를 적용하여 투석 치료서비스 제공에 대하여 심사하였다(누가 치료를 제공받을 수 있을 것인가에 대한 판단). 그리고 정부가 행한 조치가 합리성 범위 내에 있다고 판단한 것이다. 법원은 보건당국이 응급상황이 아닌 때에 희소 의료자원의 분배를 어떻게 정당화했는지에 대해 분석하는데 거리낌이 없었다.

### Box 5. 법원, 충족의무 그리고 국내 실향민 상황

세계 각지의 여러 법원이 무장 충돌과 자연재해로 인해 국내 실향민이 된 사람들의 권리 보호조치를 취할 것을 해당 정부에게 명령한 바 있다. 이런 경우 그 법원들은 자유권과 사회권에 관한 의무들을 같이 고려하였다.

콜롬비아 헌법 재판소는 많은 사건에서 정부에게 다른 무엇보다 식량, 건강, 노동, 주거에 대한 충족의무의 이행을 요구하였다. 1150가구가 제기한 공동 소송[Sentencia T-025/04, January 22, 2004]에서 헌법재판소는 정부의 충족의무 이행에 대한 총체적 실패가 “위헌적 상태”를 초래하였다고 선언하고, 정부에게 다음 사항에 해당하는 행정적, 재정적 조치를 채택할 것을 요구하였다.

- a) 생명권, 존엄권, 신체적, 심리학적 그리고 도덕적 완성권과 가족 결합권, 기본적인 치료권, 차별로부터의 보호권 그리고 15세 미만 아동의 교육권 등에 대한 핵심 의무들을 즉각적으로 이행할 것
- b) 각각의 개인과 가족의 상황을 구체적으로 파악하여 그들에 대한 원조와 재결합을 위한 계획을 세울 것
- c) 다음과 같은 소극적 의무를 이행할 것
  - 실향민의 복귀 및 재정착에 강제적 조치를 적용시키지 말것
  - 실향민이 돌아오거나, 다른 장소에서 재정착하는 것을 금지하지 말것
  - 실향민 복귀할 때 안전한 장소에 대한 필요한 정보를 제공하고 안전한 복귀의 보장을 보증할 것
  - 생명과 개인보전에 위협이 뒤따를 때 복귀나 재정착을 종용하지 말고 복귀

- 가 안전하게 행해지는데 필요한 자원을 제공할 것
- 복귀자들의 생계유지수단을 보장할 것

네팔의 무장 충돌로 인해 실항민이 된 사람들(여자, 아동 노인, 장애인 포함)에 관한 판례에서 네팔 대법원은 사회권규약이 포함된 국제 인권 기준에 의거하여 국가가 투명하고 공평하며 차별없이 동등한 방법으로 원조를 제공할 의무가 있다고 선언하였다. 구체적으로 정부에게 실항민들을 적절히 관리하고, 관련 서비스와 시설들을 제공할 수 있도록 하는 법적 체계를 채택할 것을 요구하였다 [Bhim Prakash Oli et al. v. Government of Nepal et al, February 8, 2006].

## 7. 비차별적 대우와 법에 의한 동등 보호

사회권의 사법심사가능성과 관련하여 다수의 중요한 논쟁은 차별주장 혹은 불법적이거나 법에 의해 이루어진 부당한 구별과 관련되어 있다. 사회권규약위원회는 사회권규약상 즉시이행의무<sup>117)</sup>로서 차별금지가 거기에 해당됨을 명확히 하였다. 다른 국제인권조약(특히 자유권규약 제26조)에서도 이런 점을 강조하는데, 그들 조약은 사회권을 규정하는 입법을 포함하여 각국에서 통과된 법률이 실제 내용과 관계없이 동등 보호 원칙 자체가 적용되어야 함을 강조한다.

인종차별철폐협약과 여성차별철폐협약에 규정된 몇몇 조항은 사회정책의 이행과 사회 서비스의 제공에서 사회권을 적용함을 명백히 언급한다. 세계 모든 지역의 헌법은 비차별적, 동등 대우에 관한 비슷한 조항을 규정하고 있다.

### (1) ‘의심되는 범주’(suspected categories)

현재 반차별법의 발전에 관하여 중요한 것은, 입법이나 행정부의 조치가 특정 그룹 사람의 권리를 부인하거나 제한하는 결과를 초래하여 차별적 대우가 되는

117) Limburg Principles, Principle 13, 22, 35-41; Maastricht Guidelines, Guidelines 11, 12, 14(a) 참고.

사례에 있어서, 엄격심사를 하도록 하는 것이다. 종교나 성별에 의한 차별처럼 과거에 불리하였거나 지금 현재에도 계속하여 불리한 그룹이 입은 손해를 두드러지게 하는 특정 기준의 사용은 상당히 의심해 보아야 하고 또한 그러한 손해는 쉽게 정당화 될 수 없다. 당사국이 의심되는 범주에 의한 차별이 꼭 필요하다는 것을 상세히 입증하기 전에는 이러한 범주의 사용은 받아들일 수 없다고 추정할 수 있다.

차별대우를 하기 위해 필요한 엄격심사의 대상이 되는 집단을 확인하기 위한 새로운 기준이 만들어질 가능성이 있다. 예를 들어 사회 경제적 지위에 관련된 것들이 해당될 수 있을 것이다. 이러한 기준은 차별금지와 사회권 향유에서 법의 동등보호 원칙에 의해 제공되는 보호를 확대할 수 있을 것이다.

## (2) 비차별적 대우와 법에 의한 동등한 보호 - 관련 판례들

미국 헌법에서 가장 유명한 사건 중 하나인 *Brown v. Board of Education of Topeka* 사건<sup>118)</sup>에서는 교육권에 동등 보호조항을 적용하였다. 이 사건에서 연방 대법원은 인종에 따라 분리되어 운영되는 학교의 실상이 동등 보호 조항에 위반된다고 판시하였고, 그 판결에 따라 학교 제도를 철저히 조사하도록 명령하였다.

## (3) 주거와 사회보장수당 분야에서의 차별대우

*Ms. L. R. et al v. Slovakia*<sup>119)</sup> 사건에서 인종차별철폐위원회는 집시인구의 요구

---

118) US Supreme Court of Justice, *Brown v. Board of education of Topeka*, 347 US 483 (1954). 최고재판소는 학교의 인종분리에 관한 4개의 사건을 동시에 판시하였다. 캔자스주(*Brown v. Board of education of Topeka*), 사우스캐롤라이나주(*Briggs et al. v. Elliott et al.*), 델라웨어주(*Gebhart et al. v. Belton et al.*), 버지니아주(*Davis et al. v. Country School Board of Prince Edward Country, Virginia, et al.*) 일년 후에 결정된 다음의 사례에서는 구체책을 명령하였다, *Brown v. Board of education II*, 349 US 249 (1955). 역사적 가치는 M. V. Tushnet, *Making Civil Rights Law* 참고 : Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961, (Oxford University Press: New York,1994), chapter 11; R. Kluger, *Simple justice : The History Of Brown v. Board Of Education And black America's Struggle For Equality*(Knopf: New York,1975).

사항을 충족하는 방향으로 집행하던 주거정책을 폐지하기로 한 시의 결정이 인종적 근거에 의해 주거권을 침해하는 차별대우가 되었다고 결정하였다.

또한 자유권규약위원회(HRC)도 법에 의한 동등보호와 차별금지가 사회권에 적용된 사건에 관하여 판단하였다. 위원회는 *Zwaan de Vries v. the netherlands*<sup>120)</sup> 사건에서 네덜란드사회보장법을 근거로 한 실업수당 지급과 관련하여, 결혼한 남성에게는 없는 추가적인 자격요건을 결혼한 여성에 대해서 요구하는 것은 결혼한 여성에 대한 차별이라고 결정하였다. 성별에 기초를 둔 이러한 차별적 대우는 자유권규약 제26조에 저촉되는 것이다. 이와 비슷한 유럽인권재판소의 판례들은 사회적 혜택이 유럽인권협약 제1의정서<sup>121)</sup>에서 규정하고 있는 재산권에 의해 보호된다고 보았다. 또한 유럽인권재판소는 사회보장과 사회부조를 출신국가를 기준으로 지급하는 것에 대해서 차별금지원칙을 적용하여 심사하였다. *Gaygusuz*<sup>122)</sup> 사건에서, 기여적 긴급원조 프로그램(*contributory emergency assistance scheme*, 역자 주: 이 프로그램은 긴급원조를 받기 위해서는 급여의 일정 비율을 사전에 납부하는 등의 기여가 전제되는 것임)의 자격에 있어서 자국민과 외국인을 구별하는 것은 어떠한 객관적이고도 합리적인 명분이 없어 결국 차별대우가 된다고 동 재판소는 결정하였다. 또 재판소는 *Koua Poirrez*<sup>123)</sup> 사건에서 출신국가를 기준으로 성인 장애인에게 비기여 수당(*a non-contributory allowance*)을 거부한 것은 재산권을 침해할 뿐만 아니라 차별대우가 되었다고 결정하였다.

119) UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination 참고, *Ms. L. R. et al v. Slovakia*, Communication No 31/2003, March 10, 2005.

120) UN Human Rights Committee, *Zwaan de Vries v. the netherlands*, Communication 182/1984, April 9, 1987 참고. *Broeks v. the Netherlands*, Communication 172/1984, April 9, 1987. 참고.

121) European Court of Human Rights, *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*, June 4, 2002. 참고(*gender based discrimination regarding the period of coverage of welfare benefits: paras.46-55*); *Willis v. the United Kingdom*, June 11, 2002(*gender based discrimination regarding widow' payment and widower mother's allowance: paras.39-43*).

122) European Court of Human Rights, *Gaygusuz v. Austria*, September, 16, 1996, paras.46-52 참고.

123) European Court of Human Rights, *Koua Poirrez v. France*, September 30, 2003, paras.46-50 참고.

또한 남아프리카공화국 헌법재판소는 오직 자국민에게만 사회구조수당 지급이 가능하도록 하는 사회구조법(Social Assistance Act)은 헌법적 문제가 있다고 결정하였다.<sup>124)</sup> 남아프리카공화국의 영구 영주권을 가진 빈곤한 모잠비크 국민 집단은 원고로서 사회구조법은 출신국가에 근거한 차별적 법이라고 주장하였다. 이에 반해 정부는 외국인 영주권자를 배제하는 것은 정당화될 수 있다고 하였는데, 왜냐하면 외국인에게도 사회구조제도의 혜택을 부여한다면, 남아프리카공화국으로 이민자들이 홍수같이 몰려들게 되어, 결국 계속적으로 사회구조 예산에 대하여 추가적 재정부담이 생겨서 감당하기 어려울 것이기 때문이라고 하였다.

남아프리카공화국 헌법재판소는 이러한 정부의 주장을 받아들이지 않았고, 외국인 영주권자의 배제가 헌법 제9절제3조에 저촉될 뿐만 아니라 사회구조에 접근하기 위한 권리를 담고 있는 제27절제1조에도 저촉되어 그들을 불공정하게 차별대우했다고 하였다. 그 결과로 사회구조법의 관련 조항들은 위헌으로 선언되었고, 또한 외국인 영주권자도 사회구조와 관련하여 자격이 주어지도록 조항을 해석하게 되었다.

#### (4) 차별대우와 노동권

인종차별철폐위원회에서는 출신국가로 인한 사회권의 차별에 대한 사건을 심리하였다. *Yilmaz Dogman v. The Netherlands*<sup>125)</sup> 사건에서 일반적 추정에 근거하여 병가를 남용한다는 고용인의 주장에 의해, 네덜란드에 사는 터키인 청구인이 해고를 당했다. 이에 위원회는 당사국이 청구인의 노동권 향유에 있어서 차별로부터 효과적인 보호를 하지 못했다고 결정하였다.

---

124) Constitutional Court of South Africa, *Khosa and others v. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC), March 4, 2004. 참고 The summary of the case was prepared by Danie Brand.

125) Un Committee for the Elimination of Racial Discrimination, *Yilmaz Dogman v. the Netherlands*, Communication N° 1/1984, September 29, 1988 참고.

또한 보스니아-헤르체고비나 인권부는 사회권규약에서 인정되는 몇몇 사회권에 대해 출신국가에 따른 차별을 금지한다고 결정하였다. M.M<sup>126)</sup> 사례와, 다수의 유사 사례<sup>127)</sup>에서 동 기관은 직장에서 청구자의 출신국가에 따른 차별이 있다고 결정하였고, 그에 대한 구제를 명령하였다.

## (5) 성적 취향에 따른 차별과 사회권

미국 주법원은 거주구역 보호 지역 안에서 성적 취향에 따른 차별대우를 금지하도록 하는 몇몇 사건을 결정하였다. 예를 들어, *Braschi v. Stahl Associates co.*<sup>128)</sup> 사건에서 뉴욕항소법원은 임차인보호제도에 따른 세입자의 동성 배우자로서 살고 있는 사람도 가족의 구성원으로 간주되어 강제퇴거 대상이 되지 않고, 임차인보호제도에 따른 임대 연장의 혜택도 가능하다고 판시하였다. 가족의 개념을 넓게 해석함으로써, 법원은 임차인보호제도의 입법 의도는 상호간의 책임을 갖고 장기 거주자에게 보유기간의 안정을 주는 것이라고 해석하였다.

영국최고재판소인 상원에서조차 비슷한 결정을 하였는데, 임차권의 보호와 관련하여 이성 배우자에 대한 대우와 비교하여 보았을 때 동성 배우자에 대한 차별적 대우는 인권법에서 적용될 수 있는 유럽인권협약 제8조(가족과 사생활에 대한 권리)와 제14조(차별대우금지)에 위반되는 불법적인 것이라고 결정하였다.<sup>129)</sup> 같은 논지로, 자유권규약위원회(HRC)는 사실혼 부부를 위한 연금수당 지급에서 성적 취향에 따른 구별은 비합리적이고 객관적이지 않아서 차별 대우가 된다고 하였다.<sup>130)</sup>

126) Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, CH/00/3476, *M.M. v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, March 7, 2003 참고.

127) Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, CH/97/67, *Sakib Zahirovic v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, July 8, 1999; CH/99/1714, *Mladen Vanovac v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, November 8, 2002; CH/01/7351, *Kraljevic v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, April 12, 2002 참고.

128) New York Court of Appeals, *Braschi v. Stahl Associates co.*, 1989 (544 N.Y.S.2d 784) 참고.

129) U.K. House of Lords, *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 참고.

## 8. 공공서비스 제공에서의 불평등 : 새로운 해석

몇몇 법원은 차별에 관한 보다 덜 전통적인 근거에 의한 사회권 위반 문제를 다루어왔다. 많은 사례를 살펴보면, 다양한 요소가 결합하여 차별적 상황을 만들거나 나아가 특정한 사회적 그룹에 대해 간접적으로 불균형적 영향을 끼치는 법적 차별의 명백한 근거를 만들고 있는 것을 볼 수 있다. 여러 나라에서 발견되는 다양한 사례들이 이러한 점을 말해 준다.

미국 주법원은 정부의 공교육 재원지원에 대한 이의제기를 광범위하게 다루어왔다. 교육권을 인정하는 해당 지역의 헌법적 조항에 근거하여, 일련의 사건에서 청구인들은 주정부의 예산배분이 각각의 교육구에 동등한 재원제공을 못하거나 교육에 있어서 최소한의 질을 보장하기 위한 충분한 재원도 제공하지 못함으로써 차별적으로 집행되었음을 선언해달라고 요구하였다. 문제의 근원은 기초 공교육의 재원조달에 있었다. 그 대부분의 재원은 지방세에서 나오는데, 이로 말미암아 빈촌과 부촌 사이에 자원의 불균형이 야기되었다.<sup>131)</sup> 이러한 불평등한 자원배분은 사회경제적 요소와 지리적 요소가 결합된 것인데, 최빈(最貧) 지역의 최빈(最貧) 인구가 동등한 교육 수준을 위해 오히려 더 큰 비용을 부담하거나 그렇지 않으면 더 열악한 수준의 교육을 받게 되는 경우가 생겼다. 이러한 불균형을 시정하기 위한 소송은 미국 36개주에서 진행되었는데, 약 20개 주에서는 청구인에게 우호적인 결과를 가져왔다.<sup>132)</sup> 이러한 사례에서, 미국 주법원은 동등한 교육

130) UN Human Rights Committee, *X v. Colombia*, Communication 1361/2005, May 14, 2007 참고.

131) 이러한 논쟁은 일반논평 13에서 제시하는 것과는 다르다. The right to education (Twenty-first session, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10(1999): “다른 지리적 위치에 거주하는 사람들에 대한 교육의 상이한 품질을 유도하는 정책은 그들 사이 급격한 불균형을 가져오게 하여 결국 계약법상 차별대우가 된다.”(para. 35).

132) 이 전략은 다음의 주에서 긍정적인 결과를 가져왔다. California(*Serrano v. Priest*, 1976), New Jersey(*Robinson v. Cahill*, 1973 and *Abbot v. Burke*, 1990), Montana(*Helena Elementary School District N° One v. State*, 1989), Kansas(*Knowles v. State Board of education*, 1976), Connecticut(*Horton v. Meskill*, 1977 and *Horton v. Meskill*, 1985), Washington(*Seattle School District 1 v. State* 1978), West Virginia(*Pauley v. Kelly*, 1979), Wyoming(*Washakie County School District N° One v. Herschel*, 1980), Arkansas(*Dupree v. Alma School District N° 30*, 1983), Kentucky(*Rose v. Council for Better Education*, 1989), Texas(*Edgewood Independent School District v. Kirby*, 1989), Tennessee(*Tennessee Small School Systems v. McWherter*, 1993), Massachusetts(*McDuffy v. Secretary of the Executive Office of Education*,

수준을 만들기 위해서, 지방세에 의존하기보다 주 의회가 예산을 재분배하고, 주 자원을 재분배함으로써 공교육 재원을 다시 할당하라고 결정하였다.<sup>133)</sup>

이스라엘 대법원 또한 건강, 주거, 공공 서비스 분야의 불평등한 배분에 관해서 다수의 사건을 심리하였다. 이들 사건에서, ‘지리적, 인종적, 사회경제적’이라는 세 가지 요소가 공공서비스의 불평등한 분배와 교부를 야기한다고 판단하였다. 이스라엘의 공공서비스 분배에 있어서 지리적 불평등은 인종 문제에서 비롯되며, 이는 아랍사회에 불균형적 영향을 미쳐 결국에는 더 가난하게 만든다. 이들 요소는 이곳 사회에서 향유되는 사회권의 질에 부정적인 영향을 끼치며, 특히 이것들은 상대적으로 부유한 주류집단인 유태인으로 구성된 사회와 비교하면 더욱 그렇다. 이 문제와 관련하여 몇 개의 사건이 법원의 판결을 통해 해결이 된 바 있다.<sup>134)</sup> 또 다른 사건에서 이스라엘 대법원은 국가가 이러한 불균형을 시정할 수 있는 대책을 세우라고 결정한 바 있으며,<sup>135)</sup> 나아가 이러한 상황을 개선하기 위해 정부가 채택한 조치를 승인한 바 있다.<sup>136)</sup>

---

1993), New Hampshire(Claremont School District v. Governor 1993), Arizona(Roosevelt Elementary School District N° 66 v. Bishop, 1994), Idaho(Idaho School for Equal Educational Opportunity v. Idaho State Board of Education, 1996),Alabama(Ex parte School, 1997), Vermont(Bringham v. State, 1997), Ohio(De Rolph v. State, 1997), North Carolina(Leandro v. State,1997) and New York(Campaign For Fiscal Equity v. State of New York et al., 2001; Campaign For Fiscal Equity v. State of New York et al., 2003 and Campaign For Fiscal Equity, Inc. v. State of New York, 2006).

133) 이러한 류의 소송의 결과에 대한 추가적 분석은 D. S. Reed 참고. “Twenty-Five Years after Rodriguez: School Finance Litigation and the Impact of the new Judicial Federalism”, 32 Law and Society Review 17(1998); J. Banks, “State Constitutional Analyses of Public School Finance Reform Cases: Myth or Methodology?”, 45 Vanderbilt Law Review 129(1992); W. E. thro, “Judicial Analsis during the Third Wave of School Finance litigation: The Massachusetts Decision as a Model”, 35 Boston College Law Review 597(1994); R. F. William, “Foreword: The importance of an Independent State Constitutional Equality Doctrine in School Finance Cases and Beyond”, 24 Connecticut Law Review 675(1992).

134) 예로써 Supreme Court of Israel, H.C. 7115/97, *Adalah, et.al. v. Ministry Of Health, et al* 참고. 네게브지역의 알려지지 않은 베두인 마을을 위해 안락한 건강의료서비스센터를 제공하는 것에 정부가 동의하면서 이 사건은 해결되었다.

135) Supreme Court of Israel, H.CJ 727/00 참고, *Committee of the Heads of Arab municipalities in Israel v. Ministry of Construction and Housing*, 56(2) P.D.79. 대법원은 정부가 더 많은 아랍지역을 위해 지역개혁 프로그램을 확대시킬 것을 요구하였다.

보스니아-헤르체고비나 인권부는 사회권규약에 의해 확립된 권리에 위반된다는 주장을 결정함에 있어서 새로운 방식으로 차별 대우를 금지하였다. 예컨대, *Klickovic, Pasalic and Karanovic*<sup>137)</sup> 사건에서, 무력 분쟁 기간 동안 보스니아-헤르체고비나에 남아있던 연금수급자와 비교해 보았을 때, 보스니아-헤르체고비나로 되돌아온 연금수급자를 국내에서 추방된 사람의 지위에 있는 것으로 간주하고 이를 근거로 차별적으로 연금을 지불한 것은 사회보장 권리에서 차별에 해당한다고 판단하였다.

## 9. 적극적 조치 혹은 특별조치

차별에 대한 보호는 특히 사회권의 사법 강제와 관련이 있다. 국가기관이나 사적 영역의 차별적 관행을 적극적으로 금지하는 것 외에, 차별금지법은 사회적 취약계층을 보호할 수 있는 특별한 조치를 포함시켜야 한다. 예컨대, 아동은 이러한 특별한 조치의 대상이 되어 왔다. 또한 장애자가 사회에 완전히 통합될 수 있도록 그에 맞는 환경을 만들어 주어야 한다는 데에 여론은 점점 동의하고 있다. 토착민의 문화적 전통을 존중하는 것은 어떤 특정 사회적 집단에 대해서는 차이를 인정해야 할 필요성을 고려한 좋은 예가 될 것이다.

캐나다 대법원에서 판시한 사건의 경우도 이러한 견해를 보여주고 있다. *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*<sup>138)</sup> 사건에서, 대법원은 병원에서

136) Supreme Court of Israel, HCJ 2814/94, *Supreme Monitoring Committee for Arab Education in Israel v. Minister of Education, Culture and Sport*, 54(3) P.D. 233 참고. 이 사건에서 대법원은 빈약한 환경을 가지고 있는 더 많은 아랍인 학교를 위해 교육지원 프로그램을 확대시킬 것을 정부에 요구하였다.

137) Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, CH/02/8923, CH/02/8924, CH/02/9364, *Doko Klickovic, Anka Pasalic and Dusko Karanovic v. Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska*, January 10, 2003 참고.

138) Supreme Court of Canada, *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 151 D.L.R. (4th) 577, 616 (1997) 참고.

농아자를 위해 수화통역사를 제공하지 않은 것은 캐나다인권헌장 제15장(1)이 요구하는 법의 동등한 이익향유 규정에 위반한 차별행위에 해당한다고 판시하였다. 비장애자의 이익 향유와 비교해 볼 때, 장애자에게 상대적으로 나쁜 공공서비스의 품질을 제공하는 것으로 간주된 것이다. 이에 대법원은 장애인들도 공공의료 서비스를 동등하게 향유할 수 있도록 보장하기 위한 특별조치를 취할 것을 정부에게 명령하였다.

또한 법원은 차별을 예방하고 문화적 소수자의 동등한 가치를 보장하기 위하여 문화적 권리와 차이에 대해 검토해 왔다. 미주인권재판소에서 결정한 다수의 사건이 이러한 접근 방법의 좋은 예시가 될 것이다. 선도적 의미가 있었던 *Awas Tingni v. Nicaragua*<sup>139)</sup> 사건과 그에 뒤이은 사건<sup>140)</sup>에서, 재판소는 미주인권규약 제21조상의 재산권을 토착민이 향유한다는 관점에서 집단적 권리로 해석하였다. 이러한 해석은 많은 토착민이 제시하는 주장과 합치되며, 독립국가의 토착민과 부족민에 관한 ILO 규약 169에 의해서도 지지된다. *Awas Tingni* 사건에서, 재판소는 조상대대로 내려오는 토착민 토지에서 벌채를 허용하지 말 것을 명령하였다. 나아가 국가는 토착민에게 그 토지에 대한 법적 권리를 부여하고 경계선을 정할 것을 명령하였다.<sup>141)</sup>

---

139) Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Community Awas Tingni v. Nicaragua*, August 31, 2001 참고.

140) 또한, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005, paras. 123-156, especially paras. 131-135, 137, 146, 147 and 154; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, March 29, 2006, paras. 117-143.

141) Inter-American Court of Human Rights, *Mayagna (Sumo) Community Awas Tingni v. Nicaragua*, August 31, 2001, paras. 148-154 참고.

## Box 6. 사회권, 비차별적 대우와 동등 보호 관련 사건

### 차별대우와 동등 보호 위반에 대한 사법 심사 근거

- 인종(*Brown v. Board of Education of Topeka, Ms. L. and others v. Slovakia*)
- 성별(*Zwaan de Vries v. the Netherlands, Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*)
- 출신국가(*Khosa and others, Gaygasuz v. Austria, Ylimaz Dogman v. the Netherlands*)
- 성적 취향(*Brashi v. Stahl Associates Co., Ghaidan v. Godin Mendoza*)
- 부, 사회 경제적 지위 및 거주(*US education equity and adequacy cases, Adalah et al. w. Ministry of Health, Kickovic, Pasalic and Karanovic*)

### 물질적 평등, 차별금지과 문화적 다양성 존중을 위한 요구로써 적극적 조치 혹은 특별조치

- 장애인(*Eldridge*)
- 토착민(*Awasi Tingni v. Nicaragua*)

### (1) 사회권에 부기된 절차 보장

종종 사회권을 건강의료서비스, 교육, 주거 등과 같은 적극적 제공의무와 동일시하지만, 사회권 또한 심사가능성의 확고한 근거를 이루는 절차적 측면도 가지고 있다. 예컨대, 사법접근의 원칙, 공정한 재판 및 행정절차는 사회권의 효과적인 보장과 그 접근에 있어서 특히 연관이 있다. 이 원칙은 아래 사항을 포함한다.

- 무기 대등
- 증거를 제시, 제출할 수 있는 동등한 기회
- 반대편 증거에 대해서 이의제기할 수 있는 기회
- 적정한 기간 내에 판결될 수 있는 합리적 소송기간
- 행정적 결정에 대한 공정한 심사

- 법적 조력에 대한 접근
- 관련 서류 및 모든 관련 정부에 대한 접근
- 심판기관의 공정함과 독립성
- 사법적 명령에 대한 준수

## (2) 공정한 재판을 받을 권리와 사회권

유럽인권재판소와 미주인권재판소 모두 사회권의 절차 보장원칙을 견지해 왔다. 유럽인권재판소는 사회보장 및 사회부조 그리고 노동권 소송에서 유럽인권협약 제6조 제1항(공정한 재판권)의 적용과 관련된 광범위한 판결을 내린 바 있다.<sup>142)</sup> 이와 관련하여, 재판소는 무기 대등 원칙, 행정적 결정에 대한 사법적 심사를 위한 법원에 대한 접근권, 사법적 결정에 대한 적절한 준수 및 소송절차기간과 관련된 사항 등에 관하여 판단하였다.<sup>143)</sup>

142) 유럽인권협약(ECHR) 제6조 위반이라고 주장된 것에 근거하여 유럽인권재판소에 많은 사건이 제기되었다. : *Feldbrugge v. the Netherlands*, May 29, 1986(노동과 관련된 사고의 보상권); *Deumeland v. Germany*, May 29, 1986(미망인의 보충연금권); *Obermeier V. Austria*, June 28, 1990(개인 고용인에 대한 해고통지); *Selerno v. Italy*, October 12, 1992(노후연금권); *Salesi v. Italy*, February 26, 1993(사회부조); *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, June 24, 1993(상이군인연금권); *Schouten and Meldrum v. the Netherlands*, December 9, 1994(사회보장기여); *Mennitto v. Italy*, October 5, 2000(가족실업수당).

143) 유럽인권협약(ECHR) 제6조 제1항 위반의 근거로서 유럽인권재판소의 사례 참고, *Feldbrugge v. the Netherlands*, May 29, 1986(행정부 결정에 대한 이의제기를 위한 공정한 청문회가 없음); *Deumeland v. Germany*, May 29, 1986(적정한 기간을 초과한 절차기간); *Obermeier v. Austria*, June 28, 1990(행정부 결정에 대한 사법심사권이 없고 적정한 기간을 초과한 절차기간); *Vocatur v. Italy*, May 24, 1991(노동권 인정에 관한 절차기간이 적정한 기간을 초과; 고용에 관한 논쟁은 속성상 신속한 결정이 요구됨. para. 17); *Lestini v. Italy*, February 26, 1992(노동권 인정에 대한 절차기간이 적정한 기간을 초과; 재판소는 연금 논쟁을 포함하여 고용 논쟁에 관해서는 특별한 부지런함이 필요하다고 강조. para 18); *Ruotolo v. Italy*, February 27, 1992.(노동권 인정에 대한 절차기간이 적정한 기간을 초과; 재판소는 고용 논쟁에 관해서는 특별한 부지런함이 필요하다고 강조 para 17); *X v. France*, March 31, 1992(불법행위와 관련된 건강 관련 절차기간이 합리적 기간을 초과); *Salesi v. Italy*, February 26, 1993(절차기간이 합리적 기간을 초과); *Schouten and Meldrum v. the Netherlands*, December 9, 1994(절차기간이 합리적 기간을 초과); *Mosca v. Italy*, February 2, 2000(노동권 인정에 관한 소송기간이 합리적 기간을 초과); *Mennitto v. Italy*, October 5, 2000(절차기간이 합리적 기간을 초과); *Delgado v. France*, November 14, 2000(노동권 인정에 관한 절차기간이 합리적 기간을 초과; 노동에 관한 분쟁에서 한 개인의 직업적 상황을 위해 대단히 중요한 것은 특히 빨리 해결되어야 한다는 점임. para. 50); *Pramov v. Bulgaria*, September 30, 2004(직장으로부터 받은 해고통지의 적법성을 따지기 위한 사법적 절차의 부재).

다음으로, 미주인권재판소는 노동권, 사회보장권, 토착민의 권리능력 부여 및 토착민의 공동 토지에 대한 접근과 관련하여 제8조(공정한 재판권)와 제25조(사법보호권)를 적용해 왔다.<sup>144)</sup> 재판소 역시 절차기간, 행정결정의 사법심사가가능성, 사법 결정에 대한 정부의 준수 등을 판단하였다.

국가나 사인이 사회권을 손상시킬 수도 있는 결정을 하기에 앞서 절차적 의무를 어느 정도로 준수하였는가하는 점은 통상 사법심사의 대상이 되어 왔다. 절차적 보장이 특히 중요한 문제는 이슈는 다음과 같다.

- 강제 퇴거로부터의 보호<sup>145)</sup>
- 사회적 혜택을 종료하는 경우 적법성 여부<sup>146)</sup>
- 토착민 공동체,<sup>147)</sup> 사용자와 소비자,<sup>148)</sup> 환경<sup>149)</sup> 및 기타 이해관계자<sup>150)</sup>에게

144) Inter-American Court of Human Rights, *Baena Ricardo et. al.(270 workers v. Panama)*, February 2, 2001, paras. 122-143(270 노동자의 독단적인 해고통지에 관해 행정적, 사법적 단계에서 적절한 절차와 효율적인 구제책이 없으므로 제8조, 제25조 위반); *Mayagna (Sumo) Community Awas Tingni v. Nicaragua*, August 31, 2001, paras. 115-139(토착민의 토지에 대한 경계설정과 법적 권리 부여에 관한 적절한 절차가 없으므로 제25조 위반); “5 pensioners” v. Peru, February 28, 2003, paras. 127-141(연금지급을 명한 사법재판의 이행이 없으므로 제25조 위반); *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005, paras. 63-119(토착민의 권리능력 부여와 토지에 대한 경계설정 및 법적 권리를 부여하기 위한 적절한 절차가 없으므로 제8조, 제25조 위반); *Acevedo Jaramillo and others v. Peru*, February 7, 2006, paras. 215-278(자의적으로 해고통지를 받은 노동자를 보호한 사법결정을 이행하지 않으므로 제8조, 제25조 위반); *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, March 29, 2006, paras. 81-112(토착민의 권리능력 부여와 집단의 토지에 대한 경계설정 및 법적 권리 설정을 위한 적절한 절차가 없으므로 제8조, 제25조 위반); *Dismissed workers of Congress(Aguado Alfaro and others) v. Peru*, November 24, 2006, paras. 107- 132(자의적 해고통지 받은 노동자를 보호하는 사법절차가 없으므로 제8조, 제25조 위반).

145) Supreme Court of India, *Olga Tellis et. al. v. Bombay Municipal Council*[1985] 2 supp SCR 51, July 10, 1985 참고; Supreme Court of Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD (1999) 488, July 29, 2001.

146) US Supreme Court, *Goldberg v. Kelly*, March 23, 1970, 397 US 254 참고(재판소는 사회후생기금을 중단하기 전에 청문권과 방어권을 포함한 적절한 절차가 보장되어야 한다고 결정하였다.)

147) Colombian Constitutional Court, Decisions SU-39/1997, February 3, 1997, 재판소는 오일 회사가 토착민 토지에 대해서 조사를 시작할 수 있도록 허가한 정부의 결정을 뒤집었다. 재판소는 제169호 ILO협약 관점에서 정부가 토착민 공동체에 대한 적절한 자문을 실시하지 않았다고 결정하였다. 또한 decision T-652/1998, November 10, 1998, 재판소는 정부가 ILO협약 제169호에 따라 지역 토착민 공동체에 대한 조사를 실시하지 않으므로써 불법적인 댐 건설에 관한 환경적 면허증을 받

영향을 미칠 수 있는 조치에 대한 적법성 여부

절차 보장은 다음 사항과 관련되어 있다.

- 권리가 국회제정법에 의해 규제되어야 한다는 요건에 대한 준수 여부<sup>151)</sup>
- 결정에 앞서 시행되어야 하는 적절한 공지, 정보 접근, 공개 청문회, 그룹 자문 등의 요건

## 10. 요약: 법원이 사회권의 내용을 형성하는 다양한 방법

이 장에서는 사회권이 본래 애매하거나 불명확한 것이 아님을 확인하였다. 사회권은 더 발전될 수 있는 내용을 담고 있고, 심판에도 적합한 것이다. 세계 각국의 법원에서는 사회권에 관련된 사례가 심판 될 수 있도록 일련의 기준을 발전시켜 왔다.

---

부했다고 하였다.

- 148) Argentine Federal Administrative Court of Appeals, Buenos Aires District, Chamber IV(Camara Federal en lo Contencioso administrativo de la Capital Federal, Sala IV), Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, February 10, 1999. 이 사건에서 항소법원은 사회보장 기관의 민영화를 중지시켰고 이용자에게 적절한 정보를 제공하지 않았다고 결정하였다.
- 149) Australia, Environmental Court of New South Wales, Leatch v. Director-General of National Parks & Wildlife Service and Shoalhave City Council, November 23, 1993, NSWLEC 191. 이 사건에서 법원은 멸종위기 동물군을 포획하거나 사냥하는 면허를 폐지하는 데 있어서 예방적 원칙을 적용하였다.
- 150) Supreme Court of Pakistan, *Shela Zia and others v. WAPDA*, February 12, 1994, PLD 1994 Supreme Court 693. 이 사건에서 건강에 대한 위협 여부가 전문가에 의해 평가되고 조사가 실행 되기 전 까지 거주 지역에 발전소를 건설하는 것을 보류하기 위해 예방 원칙을 적용하였다. 또한, Supreme Court of Venezuela, Political-Administrative Chamber, Ivan Jose Sanchez Blanco y otros. Universidad Experimental Simon Bolivar, June 10, 1999(공식적 요건을 따르지 않으면 내야 하는 대학입학금 제도 부인)
- 151) Constitutional Court of the Czech Republic, PL. US 33/95 (1996) 기본적 권리로서 건강권에 대한 규제는 의회에 의한 공식적인 법률을 필요로 한다.

이 장에서 조사된 사회권의 사법심사 가능성과 관련해 가장 중요한 것은 다음과 같다.

- 핵심적 내용 혹은 최소 핵심의무에 대한 정의
- 사회권에서 즉시이행의무와 점진적 실현의무 사이의 구별(후퇴조치 금지의 근거를 제공)
- 사회권의 완전한 실현 혹은 사회권을 제한하는 수단으로써 국가에 의해 채택된 조치의 합리성, 적절성, 균형성에 대한 평가
- 국가와 제3자의 작위·부작위에 대한 사회권의 영향에 대해 더 깊이 이해할 수 있도록 하는 존중의무, 보호의무, 충족의무 사이의 구별
- 사회권 보장에 있어 평등원칙 및 차별금지원칙의 적용
- 사회권의 절차적 측면을 보장할 의무

사회권의 내용은 법률과 행정입법을 통해 정의될 수 있으며, 동시에 사회권에서 나오는 의무의 준수여부를 평가하는 일은 사법부에 의해 실행될 수 있다.

## 제4장. 사회권 내용의 정의 III: 실제의 인권 불가분성 - 자유권을 통한 사회권의 간접적 보호 -

이 장에서는 법원이 사회권적 측면을 포함하는 자유권을 해석함으로써 간접적으로 사회권을 보장하는 오랜 전통을 가지고 있음을 설명할 것이다.

사회권의 사법심사가가능성 여부에 대한 의문에도 불구하고, 각국의 정부는 모든 인권은 상호의존적이며 불가분이고 따라서 사법적으로 보호되어야 한다는 점을 반복적으로 밝혀 왔다. 이는 특히 사회권 위반이 자유권 위반과 연결된 지점에서 잘 발전되었다. 자유권과 사회권 양자에서 유래하는 의무는 자주 겹치고 따라서 자유권이 사법심사가가능하다는 점에 관한 전통적인 견해는 사회권 보호를 위한 간접적인 통로가 될 수 있다.

몇몇 나라에서는 사회권에 관한 효과적인 재판은 제한적이거나 존재하지 않지만, 자유권에서 유래하는 의무와 사회권에서 유래하는 의무가 상호 관련되는 경우에 자유권에 대한 사법판단을 통해 사회권을 간접적으로 보호하였다.

이러한 방법은 사회권의 모든 측면이 자유권과 연결될 수 없다는 점에서 한계가 있을 수도 있다. 그러나 비록 절차적 제한으로 인해 침해는 자유권의 용어로 구성되어야 할지라도, 사회권에서 도출되는 의무가 사법심사일 수 있다는 점이 중요하다. 다음의 예시는 이러한 점을 명확히 할 것이다.

### 1. 건강권과 자유권 보호

건강권의 사법적 보호는 각국 법체계에서 다음과 같은 것을 통해 이루어져 왔다.

- 생명권
- 고문이나 잔인하고 비인도적이며 굴욕적 처우로부터 자유
- 사생활과 가족생활을 존중할 권리

인도 대법원은 헌법상 권리인 생명권을 근거로 판단하면서 적어도 응급 상황 일 경우 생명권은 가장 기초건강의료에 대한 접근을 포함하고 있다고 판시하였다.<sup>152)</sup> 콜롬비아 헌법재판소는 사회권이 헌법상 기본권과 관련이 있을 때는 사법심사가 가능하다고 판시함으로써 사회권에 관한 사법적극주의 방향으로 나갔다. 그 예로 동 재판소는 다수의 사건에서 건강의료서비스에 대한 접근을 제공하지 못하는 것은 생명권 침해가 될 수 있다고 하였다.<sup>153)</sup> 미주인권재판소도 이와 비슷한 결정을 하였다. 광의의 생명권에는 소극적인 의무뿐만 아니라, 적극적인 의무도 포함한다고 하였다. 그 결과 다수의 사례에서 동 재판소는 심히 소외된 계층에게 기본적인 건강의료서비스를 제대로 제공하지 않는 것은 미주인권협약상의 생명권 침해에 해당한다고 결정하였다.<sup>154)</sup>

*D v. the United Kingdom*<sup>155)</sup> 사건에서, 유럽인권재판소는 건강의료서비스의 유지와 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처우 금지가 연결되어 있다고 강조하였다. 동 재판소는 HIV치료 혜택을 받고 있는 수형자를 HIV 치료를 제공하지 않는 나라로 강제 추방하는 것은 유럽인권협약상 비인도적이면서 굴욕적 처우 혹은 처벌을 금지하는 규정에 위반되는 것이라고 결정하였다.<sup>156)</sup>

152) Supreme Court of India, *Paschim Banga Khet Majoor Samity and others v. State of West Bengal and another* (1996) 4 SCC 37, AIR 1996 Supreme Court 2426, June 5, 1996.

153) Colombian Constitutional Court, cases T-484/1992, August 11, 1992; T-328/1993, August 12, 1993; T-494/93, October 28, 1993; T-597/93, December 15, 1993; T-217/95, June 23, 1995; among many others 참고.

154) Inter-American Court of Human Rights, *Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay*, September 2, 2004, paras. 147-148, 156, 159-161, 166, 172-173, 176; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005, paras. 161-169, 172, 175; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, March 29, 2006, paras. 152-155, 167-178 참고.

155) European Court of Human Rights, *D v. the United Kingdom*, May 2, 1997.

또한 몇 건의 사건에서 유럽 재판소는 건강에 해가 될 수 있는 환경적 요소를 예방하도록 하는 국가가 의무를 불이행 하는 것은 사생활과 가족생활에 대한 권리 위반이 될 수 있다고 판시하였다.<sup>157)</sup>

## 2. 주거권과 자유권 보호

주거권의 보호도 관련성 있는 자유권을 통해 추출할 수 있다. 유럽인권재판소는 강제 퇴거,<sup>158)</sup> 강제 이주와 강제 철거,<sup>159)</sup> 건강에 해로운 환경적 요인에 주거를 노출시키는 것은<sup>160)</sup> 사생활과 가족생활에 대한 권리 위반, 재산권 침해,<sup>161)</sup> 심지어 비인도적이고 굴욕적인 처우를 금지하는 규정<sup>162)</sup> 위반이 될 수 있다고 결정하였다.

156) European Court of Human Rights, *D v. the United Kingdom*, May 2, 1997, paras. 51-53 참고.

157) European Court of Human Rights, *López Ostra v. Spain*, December 9, 1994, paras. 51, 56-58; *Guerra and others v. Italy*, February 19, 1998, para. 60; *Fadeyeva v. Russia*, June 9, 2005, paras. 94-105, 116-134 참고.

158) European Court of Human Rights, *Connors v. the United Kingdom*, May 27, 2004, paras. 85-95; *prokopovich v. Russia*, November 18, 2004, paras. 35-45 참고.

159) *Aakdivar and others v. Turkey*, September 16, 1996, para. 88; *Cyprus v. Turkey*, May 10, 2001(추방된 사람의 권리, paras. 174-175); *Yöyler v. Turkey*, May 10, 2001, paras. 79-80; *Demades v. Turkey*, October 31, 2003, paras. 31-37(제8조); *Selcuk and Asker v. Turkey*, April 24, 1998, paras. 86-87; *Bilgin v. Turkey*, November 16, 2000, paras. 108-109; *Ayder v. Turkey*, January 8, 2004, paras. 119-121; *Moldovan and others (2) v. Romania*, July 12, 2005, paras. 105, 108-110.

160) European Court of Human Rights, *López Ostra v. Spain*, December 9, 1994, paras. 51, 56-58; *Guerra and others v. Italy*, February 19, 1998, para. 60; *Hatton and others v. United Kingdom*, October 2, 2001, paras. 99-107; *Taskin and others v. Turkey*, November 10, 2004, paras. 115-126; *Moreno v. Spain*, November 16, 2004, paras. 60-63; *Fadeyeva v. Russia*, June 9, 2005, paras. 94-105, 116-134 참고.

161) European Court of Human Rights, *Aakdivar and others v. Turkey*, September 16, 1996, para. 88; *Cyprus v. Turkey*, May 10, 2001(강제 추방된 사람의 권리, paras. 187-189); *Yöyler v. Turkey*, May 10, 2001, paras. 79-80; *Demades v. Turkey*, October 31, 2003, paras. 46; *Xenides-Arestis v. Turkey*, December 22, 2005, paras. 27-32; *Selcuk and Asker v. Turkey*, April 24, 1998, paras. 86-87; *Bilgin v. Turkey*, November 16, 2000, paras. 108-109; *Ayder v. Turkey*, January 8, 2004, paras. 119-121; *Oneryildiz v. Turkey*, November 30, 2004, 이들 사건에서 재판소는 국유지 위에 불규칙적으로 지은 허름한 오두막이 청구인이 재산권을 가지는 것과 관련해 제1 의정서 제1조상 재산으로 간주되기 위한 요건으로서 충분히 자연적인 것이라고 결정하였다.

162) 예로써, European Court of Human Rights, *Yöyler v. Turkey*, May 10, 2001, paras. 74-76; *Selcuk and Asker v. Turkey*, April 24, 1998, paras. 77-80; *Bilgin v. Turkey*, November 16, 2000, paras. 100-104; *Moldovan and others (2) V. Romania*, July 12, 2005, paras. 111, 113-114.

유사하게, 보스니아-헤르체고비나 인권부는 강제퇴거와 주택 수용에 대한 보상을 불이행하는 사례에서 주거권을 보호하였다. 이 기관은 이러한 행위가 유럽인권협약 제8조(사생활과 가족생활 존중권)<sup>163</sup>)와 유럽인권협약 제1의정서 제1조(재산에 대한 평화적 향유권)<sup>164</sup>)를 위반한다고 하였다.

같은 취지로, 미주인권재판소는 강제퇴거 및 이전, 강제 철거는 재산권 침해,<sup>165</sup>) 사생활, 가족생활, 통신에 대한 방해로부터 자유로울 권리,<sup>166</sup>) 거주와 이전에 관한 자유권<sup>167</sup>)을 위반한다고 결정하였다.

---

163) 예로써, Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, CH/00/5408, *Mina Salihagic v. The Federation of Bosnia and Herzegovina*, May 11, 2001(강제퇴거를 협박한 이유로 유럽인권협약 제8조 위반); CH/02/9040, *Nedeljko Latinovic v. Republika Srpska*, January 10, 2003(강제퇴거 협박을 계속한 이유로 유럽인권협약 제8조 위반); CH/02/9130, *Stana Samardzic v. Republika Srpska*, January 10, 2003(강제퇴거 협박을 계속한 이유로 유럽인권협약 제8조 위반) 참고.

164) 예로써, Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, CH/00/5408, *Mina Salihagic v. The Federation of Bosnia and Herzegovina*, May 11, 2001(강제퇴거를 협박한 이유로 유럽인권협약 제1의정서 제1조 위반); CH/98/166, *Omer Bjeonja v. The Federation of Bosnia and Herzegovina*, February 7, 2003(주택 몰수에 대한 보상의무 불이행으로 인해 유럽인권협약 제1의정서 제1의 제1조 위반); CH/01/7224, *Milenko Vuckovac v. the Republika Srpska*, February 7, 2003(강제퇴거를 협박한 이유로 유럽인권협약 제1의정서 제1조 위반) 참고.

165) Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*, July 15, 2005, paras. 127-135; *Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006, paras. 175-188 참고.

166) Inter-American Court of Human Rights, *Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006, paras. 189-199 참고.

167) Inter-American Court of Human Rights, *Moiwana Community v. Suriname*, July 15, 2005, paras. 107-121; *Mapiripán Massacre v. Colombia*, September 15, 2005, paras. 168-189; *Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006, paras. 206-253 참고.

### Box 7. 인도대법원의 생계권과 강제퇴거로부터 보호

생계권이 생명권과 동등하게 중요하다고 선언함으로써 인도대법원은 생명권을 광의로 해석하였다. 올가 텔리스 사건에서 대법원은 생명권이 생계권을 포함한다고 판시하였다(*Olga Tellis et. al. v. Bombay Municipal Corporation et. al.*, July 10, 1985). 대법원은 “인도헌법 제21조가 규정하는 생명권의 범위는 넓고 광범위하다. (중략) 생계권은 생명권과 동등하게 중요하다. 왜냐하면 아무도 삶의 수단, 즉 생계 수단 없이는 살 수 없기 때문이다. 만약 생계권이 헌법상 생명권의 부분이 되지 않는다면, 생명권을 박탈하는 가장 손쉬운 방법은 생계수단을 빼앗아 버리면 된다. 그러한 박탈은 유효하고 의미 있는 삶을 빼앗을 뿐만 아니라 아예 생존할 수 없게 만들 것이다.”라고 하였다.

위 사건은 노숙자의 퇴거와 관련된 것이다. 대법원은 “명백하게 그들은 일터와 가까운 곳에 있는 노숙 혹은 빈민가를 선택한다. 그렇지 않으면 그들의 빈약한 수입만으로 통근시간과 비용을 감당할 수 없기 때문이다. 노숙 혹은 빈민가를 잃는 것은 일자리를 잃는 것이다. 따라서 헌법적 용어로 본다면 청원자의 강제 퇴거는 생계의 박탈과 결국 생명의 박탈이 된다. 두 개의 분명한 결론이 있다....하나는 제21조의 생명권은 생계권을 포함한다는 것이고, 두 번째는 청원자가 거주지로부터 퇴거당한다면, 그것은 곧 생계를 박탈당하게 된다는 것이다.”라고 지적하였다.

### 3. 교육권과 자유권 보호

미주인권재판소는 국가가 아동에게 부여해야하는 특별한 보호조치(미주인권협약 제19조)에는 교육의 제공을 포함한다는 다수의 결정을 내렸다.<sup>168)</sup> 하나의 특별한 사례로써, *Yean and Bosico*<sup>169)</sup> 사건에서 동 재판소는 아동에게 이름과 국적을 주지 않는 것은 등록에 있어서 차별대우가 되어 당사국은 교육권을 침해한 것이고, 결국 아동에 대한 특별 보호 의무 위반이 된다고 결정하였다.

168) Inter-American Court of Human Rights, *Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*, September 2, 2004, paras. 149, 161, 174; *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005, paras. 163, 165, 167, 169; *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, March 29, 2006, paras. 167, 168, 170, 177, 178 참고.

169) Inter-American Court of Human Rights, *Case of the girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*, September 8, 2005, para. 185 참고.

## 4. 사회 보장권과 자유권 보호

많은 나라에서 사회 보장과 사회부조는 재산권과 연관되어있다. 예를 들어 유럽인권재판소는 기여적 성격을 갖는 것과 관계없이 사회 보장 및 사회부조는 유럽인권협약 제1의정서 제1조에 규정된 개인 재산권의 평화적 향유권에 의해서 보호된다고 하였다.<sup>170)</sup> 유사하게, 미주인권재판소는 사회보장이 미주인권협약 제 21조의 재산권에 의해 보호된다고 결정하였다.<sup>171)</sup>

## 5. 노동조합권과 노동권 및 자유권 보호

모든 주요한 자유권에 관한 문서에서 노동조합 결성 및 가입권은 결사의 자유의 명백한 한 부분이라고 명시하고 있다. 다수의 사건에서, 유럽인권재판소는 유

---

170) European Commission of Human Rights, *Müller v. Austria*, Commission's admissibility decision, December 16, 1974, (사회보장에 기여하는 의무는 제1 의정서 제1조에 의해 보호될 수 있다고 결정하였다.); *G. v. Austria*, Commission's admissibility decision, May 14, 1984(노후연금에 제1 의정서 제1조에 의해 규율될 수 있다.); European Court of Human Rights, *Gaygusuz v. Austria*, September 16, 1996(제1 의정서 제1조가 보호하는 긴급원조권, para. 41); *Skorkiewicz v. Poland*, admissibility decision, June 1, 1999, (제1 의정서 제1조에 의해 보호되는 사회보험제도에 기여금을 지불하는 것으로부터 유래하는 권리, para. 1)*Domalewski v. Poland*, June 15, 1999, admissibility decision(제1 의정서 제1조에서 보호하고 있는 사회보험제도 기여금을 지불함으로써 유래하는 권리, 연금의 형식을 비롯해 특히 그러한 제도에서 유래하는 수당 para. 1); *Koua Poirrez v. France*, September 30, 2003(제1 의정서 제1조에서 보호하는 긴급원조권 para. 37); *Willis v. United Kingdom*, June 1; *Azinas v. Cyprus*, June 20, 2002(제1 의정서 제1조에서 보호되는 연금권, para 32-34); *Wessels-Bergevoet v. the Netherlands*, June 4, 2002(제1 의정서 제1조에서 보호되는 노후연금권, para. 43); *Buchen v. Czech Republic*, November 26, 2002(제1 의정서 제1조에서 보호되는 은퇴연금권, para. 46); *Van den Bouwhuisen and Schuring v. the Netherlands*, December 16, 2003(제1 의정서 제1조에서 보호되는 국가보험계획에 따르는 수당); *Kjarton Asmundasson v. Iceland*, October 12, 2004(의정서 제1의 제1조에서 보호되는 기여연금권, para. 39); *Pravednaya v. Russia*, November 18, 2004(강제할 수 있을 만큼 충분히 설립되어 있을 경우, 제1 의정서 제1조에서 보호되는 연금에 대한 요구 para. 38); *Stec and others v. the united Kingdom*, admissibility decision by Grand Chamber, July 6, 2005(비기여 수당에 관한 제1 의정서 제1조의 적용에 대한 논쟁의 해결; 제1 의정서 제1조에서 보호되는 비기여 수당, para. 49-56); *Macovei and others v. Moldova*, April 25, 2006(제1 의정서 제1조에서 보호되는 최종적 재판에 의한 도움으로 인해 획득된 연금수급권, para. 49); *Pearson v. the United Kingdom*, August 22, 2006(제1 의정서 제1조에서 보호되는 연금, para. 21) 참고.

171) Inter-American Court of Human Rights, “*Five Pensioners*” v. *Peru*, February 28, 2003, paras. 93-121 참고.

럽인권협 제1조를 적용하여 노동조합 결성 및 가입권을 보호하였다.<sup>172)</sup> 유사하게 미주인권재판소는 결사의 자유에 대해 규정된 미주인권협약 제17조를 적용하여 이 권리를 보호한 바 있다.<sup>173)</sup>

다음으로, 노동권 및 공정한 노동조건에 관한 권리는 노예제도, 예속상태, 강제 노동의 금지를 통해 보호하여 왔다. 예를 들어 유럽인권재판소는 노예제도 및 예속상태, 강제 혹은 강요 노동을 금지하는 데 있어서 국가의 적극적 의무 이행을 요구하였다. 동 재판소는 노동력을 착취당하는 상황에 놓인 외국인 미성년자에게 적절한 보호를 제공하지 않음으로써 이러한 의무를 위반하였다고 결정하였다.<sup>174)</sup> 유사하게, 미주인권재판소는 ILO협약 제29호의 견지에서 강제나 강요로 인한 노동을 금지하는 미주인권협약 제6조 제2항을 해석하여 피고 국가가 이 의무를 위반하였다고 결정하였다. 즉, 17명의 농부에게 흠친 소를 운반하도록 강요한 민병대와 국가가 공범관계에 있다고 판시하였다.<sup>175)</sup> 아프리카인권위원회도 비슷한 논리로 결정하였다.<sup>176)</sup>

172) 유럽인권협약 제11조 제1항은 모든 사람은 평화적인 집회의 자유를 가지고 타인과 함께할 결사의 자유를 가진다고 규정하고 있다. 이는 자신의 이익의 보호를 위해서 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 포함한다. *European Court of Human Rights, National Union of Belgian Police v. Belgium*, October 27, 1975, paras. 38-40 참고; *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, February 6, 1976, paras. 37, 39-41; *Schmidt and Dahlstrom v. Sweden*, February 6, 1976 paras. 33-34; *Wilson & the National Union of Journalista and others v. the united Kingdom*, July 2, 2002, paras. 41-48; *Tum Haber Sen and Cinar v. Turkey*, February 21, 2006, paras. 28-40; *Demir & Bakyara v. Turkey*, November 21, 2006, paras. 28-46 참고 (법원은 집단적 협상은 결사의 자유와 불가분의 관계에 있다고 하였음. paras. 34, 35, 36).

173) *Inter-American Court of Human Rights, Baena Ricardo et. al.(270 workers v. Panama)*, February 2, 2001, paras. 154-173. 재판소는 ILO 규정의 관점에서 미주인권협약 제16조를 해석하였고 협약과 권고의 적용에 있어서 ILO 노동자유위원회와 전문가위원회의 법리를 고려하였다.

174) *European Court of Human Rights, Siliadin v. France*, July 26, 2005, paras. 82-149. 재판소는 여권이 압수된 채로 휴가나 휴일 없이 봉급도 밀린 상태에서 15시간 일하는 상황에서 조만간 정착시켜 주겠다는 거짓말을 일삼은 고용주에 이끌려 기약없이 이동하는 상황이 강제노동(paras. 113-120, 용어 정의를 위해 ILO 협약 제29호에서 차용함)과 노예상태(paras. 121-129)라 할 수 있다고 판시하였다. 이 사건은 아동의 노동에 대한 보호로 간주될 수도 있다. 강제, 강요 노동의 철폐와 아동 노동의 폐지는 소위 ILO에 의한 직장에서의 기본 원칙과 권리 목록이 포함된 네 가지 권리와 원칙 중 두 가지이다.

175) *Inter-American Court of Human Rights, Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006, paras. 154-168 참고.

## 6. 기본적 복지 서비스와 자유권과의 관계

기본적 복지 서비스의 규정을 위한 기준도 역시 자유권으로부터 추론할 수 있다. 예컨대, 법원은 교육 서비스의 적절성에 관한 최소한의 기준은 다음의 것을 포함한다고 결정하였다.

- 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처벌로부터 자유로울 수 있는 권리<sup>177)</sup>
- 차별금지<sup>178)</sup>
- 자유롭게 개성을 신장할 권리<sup>179)</sup>

정신건강서비스 제공은 다음 권리와 관계된 많은 사건을 촉발시켰다.

- 개인적 자유권<sup>180)</sup>
- 사생활과 통신에 관한 권리<sup>181)</sup>
- 생명권
- 신체의 완전성에 관한 권리
- 고문과 굴욕적인 처우로부터 자유로울 권리<sup>182)</sup>
- 차별금지

---

176) African Commission on Human and People' Rights, *Malawi African Association and others v. Mauritania comm*, Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97, 210/98(2000), May11, 2000, paras 132-135 참고.

177) European Court of Human Rights, *Cambell and Cosans v. United Kingdom*, February 25, 1982, 재판소는 학교에서 훈육의 수단으로 체벌을 가하는 것은 부모의 종교적, 철학적 신념에 따라 가르칠 권리를 침해하는 것이라고 결정하였다(paras. 33-38), 체벌을 받아들이거나 복종하는 것에 대해서 학생에게 판단하도록 하는 것은 교육권을 부정하는 결과가 된다고 하였다(paras. 41).

178) 위에서 언급한 US Supreme Court, *Brown v. Board of Education* 와 Inter-American Court of Human Rights Case, *Yean and Bosico v. Dominican Republic*, para. 185 참고.

179) 위에서 언급한 Colombian Constitutional Court cases T-065/93, T-211/95, T-377/95, T-145/96, T-180/96, T-290/96, T-667/97, T-580/98 참고.

180) European Court of Human Rights, *Winterwerp v. the Netherlands*, October 24, 1979, paras.60-67; *X v. the United Kingdom*, November 5, 1981, paras. 49-62; *Luberti v. Italy*, February 23, 1984, paras. 31-37; *Megyeri v. Germany*, May 12, 1992, paras. 22-27; *Johnson v. the United Kingdom*, October 24, 1997, paras. 58-68, *Strorck v. Germany*, June 16, 2005, paras. 89-113 참고.

181) European Court of Human Rights, *Herczegfalvy v. Austria*, September 24, 1992, paras. 85-92, 94 참고.

182) Inter-American Court of Human Rights, *Ximenes Lopes v. Brazil*, July 4, 2006, paras. 199-150 참고.

다른 영역에서, 성적·출산에 관한 건강의료서비스를 위한 접근은 자유권에 대한 법리와 판례의 주제이다. 예를 들어, *Llantoy Huamán v. Peru*<sup>183)</sup> 사건에서 유엔 자유권규약위원회는 낙태가 합법적인 상황에서 국가가 적정 기간 안에 낙태시술을 제공치 아니하여 미성년자로 하여금 태아가 생존하지 않는다 할지라도 만삭출산으로 이어질 수 밖에 없는 상황을 벗어나지 못하게 하는 것은 사생활의 자유, 잔인하고 굴욕적인 처우로부터 자유로울 권리 및 아동을 보호하기 위해 특별한 조치를 해야 하는 의무를 위반하는 결과가 된다고 판시하였다. 유럽인권재판소도 폴란드가 합법적인 낙태 서비스에 대한 접근을 확보하지 못한 사건에서 유사한 결정을 하였다.<sup>184)</sup>

#### Box 8. 자유권을 통한 사회권의 간접적 보호

발동된 자유권	보호되는 사회권
생명권	건강·식량·물·교육권
고문/굴욕적인 처우로부터의 자유	건강·주거권
사생활·가족생활에 대한 권리	건강·주거권
재산권	사회보장·주거권, 토착민의 조상대대의 토지에 대한 집단적 권리
아동에 대한 보호	건강·식량·교육권
거주·이전의 자유	주거권, 토착민의 조상대대의 토지에 대한 집단적 권리
결사의 자유	노동조합 결성 및 가입권, 집단교섭권
강제·강요 노동으로부터의 자유	노동권/공정한 노동조건에 대한 권리

183) Human Rights Committee, *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Peru*, Communication N° 1153/2003, October 24, 2005, paras. 6.3, 6.4, 6.5 참고. 이 사건에 대한 논평, Pardiss Kebriaei, "UN Human Rights Committee Decision in [K.L.] v. Peru", 15 Interights Bulletin, N° 3(2006), at p. 151 참고.

184) European Court of Human Rights, *Tysiac v. Poland*, March 20, 2007 참고.

## 제5장. 사회정책의 법적 규범에의 부합과 법원의 역할

사회권의 사법적 강제에서 또 다른 중요한 난점은 권력분립원칙과 관련되어 있다. 사회권 그 자체는 국가에 의해 수행되어야 하는 정당한 목적을 수립한 것이지만, 그것의 실행은 정치적 기관(행정부나 국회)의 재량에 맡겨져야 한다는 것이다. 그리고 그것은 사법심사의 대상이 되어서는 안된다는 것이다. 더욱이 법관이 사회권을 이행할 실제적인 정당성도 결여되었다고까지 비판될 뿐만 아니라 어떤 경우는 법관이 과연 사회권 위반을 제대로 판단할 수 있을지 나아가 법원이 그런 문제를 토론할 공론의 장이 될 수 있는지에 대해 의문을 제기하기도 한다. 이들 두 가지 논쟁은 때때로 중첩된다. 이 장에서는 사회권의 이행을 위한 사법부의 역할에 대한 정당성이라는 관점에 초점을 맞출 것이고, 이어 다음 장에서는 사회권 재판을 위한 사법부의 제도적 역량에 관해 논의해 볼 것이다.

### 1. 권력 분립 논쟁

사회권을 사법강제하자는 것에 반대하는 논지는 권력 분립 원칙에 근거하고, 사법부와 정치기관간 기능의 적절한 분배 원칙에 기초하고 있다. 본질적으로 이러한 주장은 특정 집단에 대한 원조나 나아가 특정한 목적을 우선시 하는 결정, 예산을 배분하는 결정, 사회권을 이행하기 위해 적절한 조치를 마련하려는 결정 등은 정치적 기관인 행정부와 입법부에게 맡겨져야 하고, 사법심사의 대상이 될 수 없다는 것이다. 이러한 주장에 따르면, 정치적 영역과 법적인 영역을 구별하는 것이 중요한데, 자유권은 사법재판을 위한 근거로서 보다 법적인 기초를 제공함에 반하여 사회권은 정치적 영역에 속한다는 것이다.

이미 본 바와 같이, 사회권을 이행하기 위한 조치의 입안과 이행을 위한 책임은 자유권과 마찬가지로 정치적 기관에 맡겨져 있음이 틀림없다. 예를 들면 경찰

조사시 고문이나 잔인한 조사방법을 근절하고 인간존엄성에 입각한 수형조건을 개선하기 위한 공공정책을 입안하고 이행할 책임 역시 국가의 정치적 기관에 맡겨져 있다. 또한, 공정한 재판을 위한 검찰제도의 수립은 국가의 행정부 및 의회의 일이기도 하다.

이러한 논쟁은 사법부가 헌법과 국제인권법에서 보장하는 사회권 이행의무를 수행하기 위해 공공 정책을 선도하는 역할을 맡아야 한다는 것이 아니다. 만일 그러한 제안이 있다면 지지되기 어려울 것이다. 그것보다 더 근본적인 문제는 사법부의 역할이 헌법과 국제인권법 혹은 국제인권기준에 따라 이들 정책 집행을 감독하는 것인지를 논하는 것이다.

이러한 관점에서 적어도 두 가지 관련 논점을 연구해 볼 필요가 있다. 첫째는 법적 영역과 정치적 영역 사이의 경계가 여러 다른 법적 제도에서 어떻게 만들어져 왔느냐이다. 법적·사법적 측면을 전적으로 배제하여 순전히 정치적 문제로 보는 정의나 접근방법도 존재하지 않는다. 두 번째는 정치기관과 대비하여 사법부의 역할에 대한 정의가 다른 여러 법적 제도 하에서 만들어져 온 방법, 특히 헌법적 수준에서의 방법이다.

### (1) 권리에 기초한 관할권에서의 ‘법’과 ‘정치’

정치적 영역과 법적 영역 사이의 구별의 함의는 두 영역이 서로 배타적이지 않다는 사실을 간과하고 있다는 점이다. 법은 정치적 선택의 결과이고 법치주의, 민주주의, 인권존중 등 특정한 정치적 가치를 반영한 것이다. 이는 독재 정치 체제를 방지하거나, 정치기관에 의한 권력의 남용을 방지하기 위한 정치적 선택이다.

한편, 정치는 목적의 실현 수단으로 법을 이용한다. 그래서 정치적 결정은 종종

법의 지배 혹은 법규범의 형식이 수반된다. 크게 보면, 법은 종종 정치적 가치를 전달하는 수단이고, 정치적 이상은 종종 법률을 통해 표현된다. 그러므로 법관이 재판에서 법을 적용시킨다는 것은, 광의의 의미에서, 법에 규정된 정치적 선택을 이행하고 집행하는 결정을 한다는 것을 의미한다.

그러나 법관에게 정치적 선택을 요구하는 사법적 결정의 또 다른 특징은 법해석의 복잡함이다. 법적 용어는 종종 불명확하다.

- 사용되는 용어는 무수히 다르게 해석될 수 있다.
- 법규범의 성격과 구조는 다를 수 있다(예를 들어 몇몇 학자들은 규칙(rules)과 원칙(principles)의 차이를 지적함).
- 특정 규범의 법적용은 다른 규범과 비교 및 양립가능성에 달려 있다(이것은 헌법적 사법심사에서 볼 수 있으나 또한 다른 법적 해석에서도 볼 수 있음).
- 법체계상 간극과 모순은 희귀한 것이 아니므로 이를 찾아 해결할 필요가 있는 것이다.

이러한 견지에서, 사법 결정은 법적이면서 정치적이다. 법관들은 현존하는 규칙이나 원칙을 적용하려 노력하지만, 그들은 또한 하나의 가능한 해석을 선택하고 다른 것은 배제함으로써 결정권을 행사한다.

## (2) ‘정치적 문제’

또 일정 부분 겹치지만, 정치적 영역과 법적 영역사이의 차이를 흔하게 인정한 것은 헌법해석의 원칙으로서 미국대법원에 의해 발전되었으며 그 외 많은 (국가의) 법적 제도에서도 ‘정치적 문제에 대한 사법적 자제’라는 이름으로 채택되었다. 이러한 원칙 하에서는 특정 정치적 결정은 정치기관의 재량에 의해 맡겨지고 사법판단이 면제된다. 이것은 기술적 결정 혹은 각 기관의 재량에 유보된 영역이

라고 일컬어지고 있다.

또한 대륙의 행정법 전통은 ‘법적’ 심사와 ‘기회·가치·편의’에 대한 심사를 구별한다. 그러나 특정 문제가 정치적이거나 기술적 혹은 기회·가치·편의의 문제로 되는 것은 본질적이지도 않고 절대적이지도 않다. 그래서 이러한 문제와 법적인 문제의 경계선은 끊임없이 이동한다. 사실상 정치적 문제에 관한 원칙의 적용을 분석해보면 둘의 구별이 용이하지 않다는 좋은 예를 보여 준다. 일련의 정치적 문제는 미국헌법상 사법판단을 면제받았고 많은 라틴아메리카 국가가 그런 전통에 영향을 받았는데 그것도 지난 세기를 거치면서 극적으로 바뀌어 오고 있다. 과거에 정치적 문제라고 간주된 문제도 이제 법원에서 다루지고 있고, 사법부는 정치기관의 작위나 부작위에 대한 감시를 확대하고 있다.<sup>185)</sup>

과거 여러 지역에서 정치적 문제 원칙이 사법심사에서 방해물로서의 역할을 해왔지만, 이에 반해 다른 지역에서의 법원은 점차적으로 폭넓게 사법심사를 하면서 이 효과를 극복하고 있다. 헌법과 법령은 법적 관점으로부터 법규에 규정된 공공 정책의 선택에 관한 평가를 용이하게 하는 기준을 제공한다. 비교법적 연구에 의한 예들은 비록 법원이 그것들을 적절히 적용할 수 있는 기준을 개발하는데 꽤 시간이 걸릴지라도 사법심사를 하는 데 있어서 적절한 방법이 된다. 흥미 있는 것은 다수의 나라에서 법원은 권력분립을 근거로 사법통제로부터 면제받으려는 행정부의 시도를 거부하였다는 점이다.<sup>186)</sup>

---

185) 과거 사법심사의 대상이 아니었던 정치적 문제가 이제 사법적으로 강제가능하게 된 것은 다음과 같이 대단히 많다. 선거 구역의 획정, 속성상 오로지 정치기관의 권력행사라고 생각한 것에 대한 통제, 탄핵 사건과 다수의 외국 정책 문제에 대한 적절한 절차. 아르헨티나 최고재판소는 헌법 개정이 위헌이라고 선언하였다. 왜냐하면 개정을 위한 필요를 역설하는 데 있어서 법령이 부과한 제한을 위반하였기 때문이었다. Argentine Supreme Court, Fayt, Carlos S, August 19, 1999 참고. 유사하게, Constitutional Court of South Africa, Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, Case CCT 23/96, September 6, 1996 참고.

186) 행정부에게 유보된 영역과 사회정책의 이행에 관한 배타적 권리에 관한 사법적 간섭이 전형적인 예이다.

### (3) 사법부 역할의 정의

법과 정치 사이에 명확한 경계를 그을 수 있는 것이 아니며, 법관이 정책선택을 해온 것은 부인할 수 없다. 그러므로 사회권의 실행에 있어서 사법부의 역할에 관한 논의는 대의제 원리 하의 민주주의와 법치주의 개념의 견지에서 권력분립의 이해하면서 그 역할의 정도와 성격에 의존할 수밖에 없다.

대의제 하에서, 입법부는 법을 제정하는 역할을 하고 행정부는 이를 집행하는 역할을 하며, 사법부는 현존하는 법을 사건에 적용하고 해석하는 역할을 한다는 것은 대체로 받아들여지고 있다. 그러나 이러한 기본적인 접근은 법관이 현행법에 규정된 사회권을 시행하는데 있어서 역할을 할 수 있고, 해야만 한다는 가능성을 논리적으로 배제하지는 않는다.<sup>187)</sup> 하지만 사회권의 시행에서 법관에게 어떠한 역할을 배분하는 것에 대해 우호적이거나 반대하는 논쟁의 함의를 완전히 이해하기 위해서는 다수의 추가적인 논의가 필요하다.

### (4) 상위법과 하위법 : 법제도의 위계적 구조

법체계는 복잡하고 다양한 층위로 구성되어 있다. 법과 규칙의 정당성은 법체계상 상위법에 합치하는지 여부에 달려있다. 전형적으로 법령은 헌법에 합치해야 하고 행정규칙 역시 헌법과 법률에 합치해야 한다. 국제법의 직접적 수용을 인정

---

187) 전반적인 사항을 참고할 것. 국제법률가위원회에서는 이 문제에 관한 성명을 채택하였다: “Minimum conditions of a juridical system in which fundamental rights and human dignity are respected”(adopted in the Congress of Athens, 1955); “Basic requirements of representative government under the Rule of Law” (adopted in the Conference of Bangkok, 1965), “The Legislature and the Rule of Law” (adopted in the Congress of Delhi, 1959), “Need for limitations on effective governmental powers” (adopted in the Congress of Delhi, 1959), “Human rights and government security” ((adopted in the Conference of Lagos, 1961), “Control by the court and the legislature over executive action” (adopted in the Congress of Rio, 1962), “Human rights and aspects of administrative law” (adopted in the Congress of Rio, 1962), “Procedures utilized by administrative agencies and executive officials” (adopted in the Congress of Rio, 1962), all of them in international Commission of Jurists The Rule of Law and Human Rights; Principles and Definitions (Geneva; international Commission of Jurists, 1966).

하는 법제도 하에서는 합치해야 하는 상위의 법체계가 존재할 수 있다(역자 주: 한국 헌법처럼 국제법의 직접적용을 인정하는 법체계에서는 국제법이 또 다른 상위법이 될 수 있다는 말임).

법제도의 체계를 그리는데 사용되는 통상의 비유는 피라미드와 계단이다. 그러나 그러한 위계적 구조는 법 적용을 더욱 복잡하게 한다. 예를 들어 법을 적용하는 사법부에 부여된 전통적 역할에는 상위법령과 관련된 특정 법의 유효성과 적용가능성에 대한 판단이 포함될 수도 있다. 상위법과 하위법이나 규범 사이의 모순이 있다면 상위규범이 하위규범을 대체한다. 그러한 결정을 함에 있어서 사법부로 하여금 헌법적 검토를 허용하는 것은 법제도상 전형적인 것이다. 또한 법령에 따라 사법부가 행정부의 활동을 사법 심사하는 것도 전형적이다. 이것은 법체계의 완전성과 통일성을 유지하는 일이며, 전통적으로 자유권 영역에서 받아들여졌다. 사회권에서도 동일한 논리가 적용될 수 있다고 본다.

또한 법관은 정치기관의 행위(특히 법령을 제정하는 권력)가 그것을 통제하는 상위법에 합치하는지 여부를 심사할 수 있다. 그리고 특별히 정치기관이 허용되지 않은 일을 하려고 하거나, 법에서 위임한 일을 하지 아니할 때, 법관들은 그에 따른 법적 불일치와 간극을 찾아내 그 결함에 대한 구제책을 제공함으로써 법치주의를 재건하는 데 역할을 해 왔고 또 해야만 하는 것이다.

### **(5) 사회권 이행에서의 법관의 역할**

다양한 법해석이 가능한 사례에서 사회권과 관련된 의무나 금지가 법체제의 한 부분이고 특히 상위법령의 법체계의 한 부분이라면 법관에게 이들 규범의 집행에 있어서 역할을 부여하는 것은 사법부에 의해 수행된 전통적 기능과 완전히 일치하는 것이다.

‘판단규칙’이 법에 의해 세부적으로 결정되어 있지 않을 때라도, 많은 경우에 사법부에 의해 정기적으로 적용된 전술한 합리성, 비례성, 타당성 원칙 등 법적 기준에 관한 예가 있다. 결국, 광범한 재량권이 주로 정치기관에 부여되었지만, 법관 또한 법적 기준이나 규칙에 따라 국가를 평가하는 방법을 발전시켰다. 3장에서 설명되었던 것처럼, 이에는 주어진 시나리오 안에서 이전의 국가가 수행했던 방식을 고려하는 것을 포함한다.

## 2. 사회권 분야에서 재판을 위한 또 다른 상황

사회권의 사법 강제는 몇몇 상황과 관련이 되어있는데, 민주적 정당성에 관한 논쟁은 그 상황에서 각각 다른 역할을 할 수 있다.

### (1) 법령 조항의 적용과 준수

법관은 행정부의 법령 적용과 준수에 대해 확실히 역할을 할 수 있고 해야 한다.<sup>188)</sup> 1959년 뉴델리에서 개최된 국제법률가위원회(ICJ)의 행정부의 법의 지배에 대한 복종과 관련된 회의에서 다음 사항이 강조되었다.

“공동체를 위한 복지 서비스를 제공하는 적극적인 작업을 수행하는 현대적 환경, 특히 그러한 사회에서는 행정부나 다른 기관에게 법률적 성격을 가진 규칙을 제정할 권리를 위임할 필요성을 입법부가 인식할 수 있다는 점이 인정되고 있다. 그러한 위임입법의 경우 가능한 가장 좁은 범위로 제한해야 하고, 위임입법의 목적과 범위를 분명히 해야 하며 그러한 결과를 내도록 하는 절차를 제공해야 한다. (중략) 위임입법에 적당한 내용, 목적, 절차를 감시하는 것을 확실히 하기 위

---

188) 특히 다음의 경우에, 행정행위에 대한 사법 심사의 원칙은 필수적인 것이 된다.

- 행정행위의 근거가 제정 법률인 경우
- 행정행위가 인권에 영향을 미치는 경우

해서 행정부로부터 독립된 사법기구에 의한 최종적 판단에 기속되도록 하는 것이 필수적이다. (중략) 일반적으로, 직접적이고 부당하게 신체, 재산권, 개인적 권리에 영향을 미치는 행정부의 조치는 사법심사의 대상이 되어야 한다. (중략) 행정부의 조치에 대한 사법적 판단은 전문적인 행정법원이나 일반법원가 할 수 있다. 전문적인 법원이 존재하지 않는 곳에서는 임시적 행정심판소나 기관의 결정(사법적 성격을 갖는 모든 행정부의 결정을 포함)이 궁극적으로는 일반 법원에 의한 사법심사의 대상이 되어야 한다. (중략) 행정부의 불법적인 조치의 결과로 손해를 입은 시민에 대해서는 국가나 혹은 개별적 가해자에게 소송을 제기하는 형식이거나(후자의 경우 재판의 이행 담보책이 필요함) 혹은 이들 두 주체에 대해 동시에 소송을 제기하는 구제책이 있어야 한다. (중략)”<sup>189)</sup>

그 후 1962년에 리우데자네이루에서 개최된 국제법률가위원회(ICJ)의 또 다른 법의 지배 회의에서는 행정부의 행위에 대한 사법통제에 관해 다음 성명이 채택되었다.

- “1. 사법 통제는 효과적이면서 신속, 간결, 저렴해야 한다.
- 2. 사법 통제의 수행에 있어서 사법부의 완전한 독립과 전문적 법률가의 완전한 자유를 보장할 것을 요구한다.
- 3. 행정부의 행위에 대한 사법 통제는 다음의 것을 보장해야 한다.
  - (a) 헌법과 위헌적이지 않는 법률에 의해 위임된 권한 내에서의 행정부의 조치

---

189) International Commission of Jurists, “통치 권력의 효율적인 제한과 제한의 필요, Need for and limitation of effective governmental powers”, adopted at the Congress of Delhi, 1959, Committee II, in international Commission of Jurists, The Rule of Law and Human Rights; Principles and Definitions (Geneva; International Commission of Jurists, 1966), pp.11-12 참고.

(b) 개인의 권리, 이해관계, 지위가 행정부의 조치에 의해 침해되거나 위협이 될 때마다 그 개인은 사법기관에 대한 불가침의 접근권이 보장되어야 하며 법원이 그러한 조치가 합법적이고, 편견이 없고, 비합리적이지는 않다고 판단하지 않는 한 적절한 보호책이 강구되어야 한다.

(c) 행정부의 조치가 자유재량권에 의해 취해졌다면, 법원은 자유재량권을 행사하게 한 근거와 그 조치가 적당하고 합리적인 방법으로 행사되었고 일반적 정의의 원칙에 합치하는지 여부에 대해 심사할 수 있어야 한다.

(d) 행정부에 유효하게 부여된 권력은 부차적이거나 부적당한 목적을 위해 사용되어서는 아니된다.

4. 권력행사의 목적을 확립함에 있어서 법원은 국가기록을 공개해서는 안 된다는 어떤 주장이라도 그것이 합리적이고 정당한 지 여부에 관하여는 증거에 의해 판단해야만 한다.

5. 위반에 대해서 호소한 것이 인권에 영향을 미치고 있을 때, 법원은 적어도 해석의 요소로써, 문명 공동체의 행동의 기준으로써, 세계인권선언을 고려할 권리를 부여받아야 한다.”<sup>190)</sup>

사법심사는 행위(작위)의 결과로서 행정부의 권한남용에 주로 관계되지만, 행정부가 요구된 조치를 실행하지 않거나 요구된 서비스를 제공하지 않은 부작위나 불이행에서 발생하는 법적 의무 위반에 대해서도 똑같이 이론적 근거를 확장시키지 않을 이유는 없다.<sup>191)</sup>

---

190) International Commission of Jurists, "Control by the court and the legislature over executive action. Judicial control", adopted in the Congress of Rio, 1962, Committee II A, in International Commission of Jurists, The Rule of Law and Human Rights; Principles and Definitions (Geneva; international Commission of Jurists, 1966), p.15 참고.

사실상, 사회권의 사법 강제에 관한 비교법적 경험의 상당 부분은 개인이나 단체가 행정부의 권한 남용과 법률에 의해서 인정된 이익이나 서비스가 국가에 의해 무시되고 지연되거나 부적절하게 계획될 때 그것들에 대해 시정을 요구하는 사례들로 구성된다. 단순히 바람직한 목표의 언어가 아닌 권리의 언어로 사회권 문제를 다룬다는 것은 정책을 강제할 수 있는 권리로 변형시키는 것을 의미한다. 일단 법을 통해 이것이 행해지면, 의무담당자(항상 그렇지는 않지만 보통은 행정부)는 관련 금지와 의무(법률에 의해 요구되는 서비스의 제공)를 수행하지 못한 것에 책임을 져야 한다.

여기에서는 민주적 정당성에 대한 의문은 주요한 역할을 하지 않는 것 같다. 입법부에서 유래한 행정부의 법 적용에 관한 사법적 판단은 민주적 정당성과 충돌하기 보다는 민주적 정당성을 강화하는 것으로 보일 수 있다. 20세기 후반에 다수의 국가에서 채택된 사회적 복지 아젠다는 건강, 주거, 교육, 사회보장 및 사회 원조 서비스를 포함하여 행정부에 배분된 기능의 확대를 반영한다. 이들은 개별적으로 사회권을 실행하는데 필요한 것들이다. 이런 맥락에서 법원이나 독립한 사법적, 준사법적 심판 기구의 역할은 행정부의 활동을 통제해야 하는 법을 행정부가 준수하도록 하는 것이다. 법에서 권리나 이익을 부여했는데 그것에 대해 행정부가 게을리 한다면, 그것에 대한 사법적 강제는 정치적 영역에 대한 침해라기 보다는 입법부의 민주적 결정을 강화시키는 수단으로 보여 질 수 있을 것이다.<sup>192)</sup>

191) 국제법률가위원회(ICJ)는 1960년대 초부터 행정행위에 대한 사법 심사는 세계인권선언(the Universal Declaration of Human Rights)의 모든 요소를 포함해야한다는 확실한 견해를 가지고 있다. 세계인권선언(UDHR)의 실현을 위해서는 자유권, 사회권 양자에 대한 행정부의 침해 모두를 구제할 수 있어야 한다.

192) 입법권과 입법행위에 대한 적절한 사법 통제에서 인권에 의한 제한과 의무는 국제법률가위원회(ICJ)의 초기 관심사였다. 1959년 뉴델리에서 개최된 ICJ 회의에서 다음의 성명을 채택하였다: “법치주의가 지배하는 자유주의 사회에서 모든 입법부는 세계인권선언에서 선언된 원칙의 완전한 실행을 위해서 노력하여야 한다.”; “입법부는 (...) 기본권, 개인의 자유, 절차법적 절차(“절차법상적절차”)의 운용을 약화시키지 말아야 하고 이런 권리를 실행하고 보호하기 위한 안전장치를 약화시켜서도 안 된다.”; “입법권이 기본적 헌법 조항이나 협정에 의해 확립되고 결정되어야 한다

## (2) 법원은 사회권을 보장하기 위하여 적극적 의무를 준수하지 않을 경우 강제할 방법을 갖고 있는가?

헌법과 (특히 국제법이 국내에서 직접적으로 적용될 수 있는 경우) 국제인권협약은 국가의 입법 기관에 적극적 의무를 부과한다. 입법기관이 이러한 의무에 복종하지 않을 때에, 입법적 부작위에 대한 사법심사가 어디까지 적용되어야 하는지에 대한 문제가 발생한다. 헌법적 심사를 허용함으로써 민주적으로 선출된 입법부를 사법적 통제 하에 놓이게 하는 법체계에서는 사회권의 (헌법의 최고규범성을 보장하기 위한) 사법심사 논리는 자유권과 관련된 사건과 완전히 동일하다고 할 수 있다.

부작위가 발생할 경우 부작위를 판단할 사법적 기준에 대한 많은 논쟁이 있다. 그리고 역시 가장 중요한 것은 사법부가 제시할 수 있는 구체책이 무엇이냐이다. 여기에서 본질적인 논점은 부작위의 존재가 주장되었을 때, 구체적인 정책 결정으로 연결되는 판결이 결과적으로 입법부에 대한 사법부의 공격이 될지도 모른다는 점이다. 그러나 이러한 문제는 구분되어 다루어져야 한다. 만약 의무가 상대적으로 명백하게 언급되어 있거나 전 장에서 다루어진 해석 수단을 통해 결정될 수 있다면, 입법 부작위를 증명하는 것이 그렇게 힘든 문제는 아니다. 법관들은 종종 계약, 법률, 행정 규칙과 같은 여러 법적 기준을 통해 부작위를 증명하는 책임을 수행하고 있다(역자 주: 법관의 주요 임무 중 하나가 바로 법적 부작위

---

는 것은 필수적인 것이다. (...) 이들 헌법적 규정이나 협정은 이 절에서 설명되는 원칙을 시행하기 위해 사법적 제재를 요청한다. [즉, 입법권의 대의제 성격, 하위 규정과는 별개로 일반 원칙과 규칙을 법률로 제정하는데 있어서 독점적 입법권, 행정부에 대한 입법기관의 통제] 그리고 3절 내에서의 권리의 침해로부터 개인을 보호하기 위해서 안전장치는 유지되어야 한다.[즉, 비차별대우, 종교의 자유, 선거의 자유, 언론의 자유, 단결권과 단체권, 소급입법 금지, 기본권과 자유에 대한 존중, 절차법상의 적정 절차]. 헌법에서 내포된 안전장치가 외형적인 사법 통제만 남게 되는 제도에 의해 간접적으로 침해되어서는 안 된다.” “The Legislature and the Rule of Law”, adopted in the Congress of Delhi, 1959, Committee I, in International Commission of Jurists, The Rule of Law and Human Rights: Principles and Definitions (Geneva: International Commission of Jurists, 1966), pp. 9-10 참고.

에 대한 판단이라는 것임, 이것은 사회권 영역이 아닌 다른 영역에서 광범위하게 널리 있음).

정치권력에 ‘재량’이 있다는 점은 인정된다. (나중에 보겠지만) 이것으로 인해 사법부의 판단은 더욱 신중해지고, 입법부의 결정을 존중하는 입장을 취하게 된다. 그렇다고 해서 이것이 사회권의 사법심사가능성을 완전히 부정한다는 의미로 받아들일 수는 없다.<sup>193)</sup>

일단 입법 부작위가 확인되면 다음의 문제는 적절한 구제책이 무엇인가이다. 사회권을 충족시키기 위한 필요 서비스 제공 등과 관련한 복잡한 문제에 있어서는 의무를 이행하는 일률적인 방편이 있는 것이 아니다. 따라서 적절한 구제책을 제시함에 있어서 법관의 역할은 사법부에 부과된 통제 기능과 공공정책 도입에 있어서의 정치 기관의 우선권 사이의 긴장 관계를 주시해야 한다.

여러 법체계와 전통은 다양한 방법으로 이러한 긴장을 해결하기 위해 시도해 왔다. 이러한 시도의 범위는 헌법명령이 심각히 무시되어진 사건에서 입법기관에게 부여된 기능을 법관이 시행하는 극단적인 사법적극주의로부터, 입법부가 특정 의무를 요구받지만, 여전히 입법부에게 부작위를 해결하는데 적절하다고 여겨지는 해결책을 토론하고 도입하기 위한 넓은 권한을 유지시켜주는, 소위 ‘생산적’인 ‘헌법적 대화’라 불리는 사법소극주의까지 다양하다.

### (3) 부분적 부작위와 불규칙적 준수

위에서 다룬 것과 같이, 정부는 부분적으로만 부작위를 행하거나 헌법상, 인권

---

193) 예를 들어, Constitutional Court of Hungary, decision 42/2000 (XI. 8.) AB, November 7, 2000 참고. 이 판결에서 헌법 조항이 국가에게 시민의 권리 유지를 보장하기 위하여 사회 보장 제도와 사회 보장 기관을 설립, 유지, 작동하는 의무를 부여하였지만 입법부에게는 헌법에 의해 명령된 국가 목표와 사회권을 집행하기 위한 방법과 범위를 결정함에 있어서 상대적으로 큰 자유를 부여한다. 따라서 “거주에 관한” 구체적인 권리를 규정하지 않았다.

상의 의무나 보호를 부분적으로만 준수하는 경향이 있다. 법관들은 대개 정부의 준수 정도를 합리성, 적정성, 균형성, 평등·차별금지, (인권기준의) 퇴보금지와 같은 헌법적·법률적 기준을 통해 평가한다.

사회권 관련 입법은 사실상 여러 사법관할권(여러 나라에서) 에서 비슷한 심사 기준에 의해 평가되고 있다. 사법심사를 통해 퇴보금지 원칙이나 차별 기준을 통한 차별대우<sup>194)</sup> 금지원칙을 어겼는지의 여부와 권리나 혜택을 불충분하거나 불완전하게 제공하여 헌법명령의 준수를 위반하였는지 여부를 평가할 수 있다.<sup>195)</sup>

다시 한 번 강조하건대, 앞에서 본 사례와 같이, 어떤 기준을 준수하지 않은 입법에 대한 판결과 그러한 상황을 극복하기 위하여 채택된 구제책을 구별하는 것은 가능하다. 입법에 있어서 상위의 법적 규범과 기준을 불완전하거나 부적절하게 준수할 때의 구제책들은 여러 법적 관례(tradition)와 사법관할권에서 찾을 수 있다. 이러한 구제책들의 예로는 다음과 같은 것들이 있다.

- 위법이라 여겨지는 조항의 폐지
- 위법적으로 배제된 수익자의 권리와 혜택의 확장
- 특정한 가이드라인 하에서 재고하도록 입법부에 문제를 회부하는 것
- 입법부가 해야 할 행동을 확실하게 판단할 수 있을 때에는 특정한 명령을 채택하는 것(역자 주: 이것은 사법부가 입법부의 입법 내용에 대하여 지속적 의미의 내용을 결정한다는 것을 의미함)

194) 사회권규약의 본문은 특정 권리와 관련하여 여러 규정을 두고 있다. 예를 들어, 제13조는 국가에 의한 부모가 자녀의 학교를 선택하는 자유에 대한 위반이나 공공 교육 사업의 국가에 의한 독점에 대한 위반을 금하고 있다.

195) 예를 들어, Constitutional Court of Latvia, case N° 2000-08-0109, March 13, 2001 참조. 이 판결에서 법원은 사회보장기금 납부를 회피하는 고용주들의 연대책임 원칙 위반 가능성을 인정하였다. 법원은 이러한 점을 허용한 법은 고용인의 사회보장권을 위반함으로써 헌법에 불일치하다고 판시하였다. 나아가 Constitutional Court of Lithuania, Case N° 5/96, March 12, 1997 참조. 이 판결에서는 법원이 시민의 사회연금보험 기간을 고용주에 의한 실제 지불기간과 결합시킨 것은 사회부조 권리를 위반하는 것이며 헌법불합치라고 판시하였다.

#### (4) 견제와 균형

자유권의 보장을 위해서 법관들의 역할이 반드시 필요하다는 사실은 일반적으로 받아들여진다. 대체로 국가 행정기관에 대한 사법심사와 사법 통제를 정당화하는 논의는 다음과 같다.

- 권력의 상호통제 (통상 ‘견제와 균형’이라 표현한다)
- 헌법이나 법률의 상위규범성에 대한 존중
- 다수결 결정으로 인해 유린될 수 있는 개인이나 소수자의 권리 보호

왜 이러한 논의들이 사회권에는 적용되지 않는가?

국가권력의 감시는 민주주의 이론에 있어서 절대적으로 필요한 요소였으며 법에 의한 지배 개념과 깊이 연관되어 있다. ‘견제와 균형’이라는 생생한 그림을 떠올리면 어떻게 또는 어떤 지점에서 정부기관들이 각각의 수단을 통해 서로를 감시하는지 알 수 있다. 이 중에서 사법부는 행정기관이 법에 의해 부여된 제한과 명령을 준수하는지 여부를 감시하는 막중한 역할을 하고 있다. 헌법이나 법령이 국가에게 사회권을 효과적으로 실행할 의무를 부여했다면, 사법적 감시가 존재해서는 안 된다는 논리는 성립하기 어렵다. 사회권을 강제하는 사법부의 역할은 정치권력의 행사와 관련된 문제에 사법부가 개입할 때와 똑같은 척도에 의해서 정당화 될 수 있다.

- 정치기관에 의한 권력의 합법적 행사 여부 감독
- 헌법이나 법에 의해 부여된 개인과 소수자들의 권리 보호

사실상, 적어도 기초적인 사회권의 집행에서만은 사법부에게 우선적인 역할을 부여해야한다는 점에는 더욱 중요한 이유가 있다. 사회권의 최우선적 기능은

사회의 가장 취약한 계층의 기본적인 생계유지 상태를 보장하는 것이다. 사법부의 역할이 다수의 착취로부터 취약한 사회적 소수자의 권리를 보호하는 것에 의해 정당화 될 수 있다면, 사회권 재판에 있어서 법관의 참여를 (부인하지 않고) 활성화시키는 것은 아주 중요하다. 사회권에 대한 접근을 부인하거나 제한하는 것은 민주주의적 참여에 영향을 끼친다. 따라서 사회권 적용 여부에 대한 사법적 감시는 민주주의적 가치에 대한 접근을 효과적으로 활성화시킨다고 말할 수 있다.

### 3. 예산 분배와 사법 구제책의 구체성의 정도

사회권 이행에 사법부가 관여하는 데에 대해 다른 측면에서의 반대가 있다. 사회 정책분야에서의 의사결정과 예산 분배에 대해 사법부가 간섭하는 것은 민주주의의 관점에서 문제의 여지가 있다는 것이다. 이러한 반대는 때때로 사회권이 자유권과는 본질적으로 다르다는 증거로 활용되기도 한다. 이러한 논의에 따르면, 자유권이 ‘싸고’ 비용이 들지 않는 권리인 반면에, 사회권 관련 재판은 (사법부에 의한) 전면적인 정책결정과 막대한 비용 발생으로 이어짐으로써 결국 민주적으로 선출된 권력을 사법부가 대체하는 결과로 이어질 수 있다는 것이다.

그러나 이러한 주장에 대해서는 해명이 필요하다. 첫째로, 자유권은 특별히 ‘싸지도’, 공짜이지도 않다는 점이다.<sup>196)</sup> 자유권에 관련된 결정도 역시 (때로는 막대한) 비용이 든다. 자유권 중 정치적 권리는 값비싼 권리라고 불리기도 한다. 정당과 후보자의 승인과 등록, 매체공간의 확보, 선거와 투표 점검을 위한 조직 등은 시민적·정치적 권리(자유권)를 보장하기 위해 필요한 비싼 수단의 예이다.

자유권 위반에는 예산 자원이 필요한 재정적 보상이 뒤따른다. 불법행위와 행정법에서도 한 분야 전체가 국가의 책임에 초점을 맞추며, 이러한 책임은 법원과

196) 제1장의 적극적, 소극적 권리에 대한 논의 참조.

기타 심판기관에 의해 판단되고 재판된다.

자유권은 물론 공짜가 아닌 입법과 규제의 도입을 요구하기도 한다. 이러한 입법과 규제에는 법적 조언, 시간이 소요되는 상담관, 자문관·입법자·규정담당자의 근무 시간 등이 포함되며, 입법과 규제를 이행하는 데에는 또 다시 예산 배당이 요구된다.

세상의 자원은 부족하기 때문에 예산을 결정할 때에는 무엇을 우선사항으로 들지 항상 판단하여야한다. 따라서 이러한 논의는 사회권 뿐 아니라 모든 다른 권리에도 적용되는 것이다. 그러므로 재판이 예산 효과를 부른다는 사실이 자유권의 강제를 부정하는 근거로 활용되지 않는 것과 똑같은 논리가 사회권에도 적용되어야 한다.

#### 4. 사법 규제에서의 정도와 구체성

어떠한 소송에서도, 법적 규칙이나 원칙 하에서 의무 위반에 대한 평가와 채택할 구제책의 결정을 구별할 수 있다. 여기서 몇 가지 점을 확인할 필요가 있다. 우선, 이러한 문제는 자유권과 사회권의 구별에 직접적으로 연결되는 것은 아니다. 그것 보다는 오히려 국가의 정치기관에 허용된 재량의 폭과 연결되어 있다.

의무에 의해 명확하게 요구되어진 작위와 부작위에 대하여는 정책적 선택의 다양성을 고려할 필요없이 명확한 사법 구제책만 고려하면 된다. 예를 들어, 사회권의 경우, 국가가 수행해야 하는 수익자에게 제공될 이익이나 서비스 혹은 금지행위 등이 잘 정의되어 있다면, 구제책의 선택은 그다지 어렵지 않다. 반대로, 법적 목적과 기준이 법에 의해 명확히 규정되었지만, 의무 이행에 필요한 수단이 여러 가지 일 때에는 구제책을 결정함에 있어 사법부와 정책기관의 상호작용이

필요하다. 나아가 사법부의 정책기관에 대한 양보가 필요할지도 모른다.

이와 관련하여 국제인권 메커니즘에서의 구제책의 결정에 대해 고찰해보는 것도 의미있는 일이다. 국제인권 메커니즘으로는 대개 유럽인권시스템과 같이 자유권 위반 청구에 대한 심리(審理)나 피해자들이 진정을 제기할 수 있는 UN 조약기구 메커니즘 등이 있다. 양 시스템 모두 법적 의무의 위반 여부에 대한 결정은 명확하지만, 구제책의 개발과 시행은 걸음마 단계에 있다. 이러한 현상은 피해자에 대한 보상이 아닌 장래적으로 재발을 막고 국가의 입법이나 관행이 해당 인권 조약에서 요구하는 의무와 일치되도록 하는 일을 목표로 두는 구제책의 경우 특히 그렇다. 유럽인권협약 제46조는 각료위원회(Council of Ministers)의 감독 하에 해당 국가가 유럽인권재판소의 결정을 이행할 수단을 선택하는 데 우선적인 책임이 있다고 규정하고 있다.<sup>197)</sup> 이러한 상황은 UN 조약기구 진정메커니즘에서도 유사하다. 그렇다고 해서 자유권이 사법심사가능성을 결여한다거나 자유권의 위반여부를 심사하는 국제사법 또는 준사법 진정 메커니즘이 필요 없다는 결론으로 연결되지는 않는다.

## 5. 사법소극주의와 사회권의 이행

이 문제에 대한 절대적인 해답은 없다. 하지만 사법소극주의는 대체로 정치기관과 사법부의 협력 및 국제재판소 및 기타 기관의 결정에 대한 준수를 요구한다. 이러한 협력이 부재하거나 정치기관에 의한 방해에 직면할 경우, 사법적극주의로의 접근 가능성과 그 정당성이 커지게 된다.

---

197) 유럽인권협약 제46조 “체약국은 자신이 당사자인 모든 사건에서 재판소의 최종판결에 따를 것을 약속한다. 재판소의 최종판결은 그 집행을 감독하는 각료위원회로 송부된다.” 유럽인권재판소의 판결은 위반의 존재를 선언하는 것과 재정적 손실을 배상하는 것, 피해의 만족스런 보상을 선고하는 것으로 자신의 역할을 제한한다. 따라서 제46조 제1항은 위반의 재발을 막는 수단은 국가의 자유재량에 맡겨져 있다는 것을 의미한다.

문제가 되는 것은 자유권과 사회권의 구별이 아니라, 사법부가 담당하는 사건의 복잡성의 정도이다. 자유권이나 사회권의 맥락에서 비교적 잘 규정된 의무에 대한 위반이 청구된 개별적인 사건은 덜 복잡하다. 반면에, 집단적이고 광범위한 효력이 발생하는 경우, 구조적 개혁, 절대적 부작위, 법적 의무와 일치하지 않는 일반적 정책, 서비스의 결함 있는 편성 등 복잡한 문제를 포함하는 사건에 대해서는 사법부의 좀 더 신중한 접근이 요구된다. 정치권력이 관련 요소를 융통성있게 고려하기에 충분한 명령을 만들어 내기 위해서는 어느 정도 정치기관과의 상호작용이 필요할 것이다.

사회권 문제에서 사법심사권이 인정된다면, 입법이나 규제 기능이 사법부에 의해 완전히 탈취될지도 모른다는 전망을 의심할 경험적인 이유도 있다. 이러한 주장은 결정적인 것은 아니지만, 법관에게 국가의 정치기관을 심사할 권한을 부여할 때 법관들이 취하는 태도에는 일정한 경향성이 있음을 보여줄 수는 있다.

전통적으로, 사법부는 ‘정치적’ 의사 결정의 범주라고 여겨지는 문제를 심사하는 데에 주저해왔다. 이러한 주저의 정도는 다양하지만, 법관들은 확실한 법적 근거 없이, 예산 분배 심사나 공공정책, 집단이나 목적의 우선 등급 결정을 계획하고 이행하는 것을 삼가는 경향이 있다. 이와 대조적으로, 행정부보다는 정치기관의 지식범주에 속한다고 여겨지는 일부 전문적 기술 분야에 있어서의 정치기관의 결정에 주어진 재량 한계의 범위는 점차 확대되어 왔으며 이로 인해 사법감시의 범위는 좁아져왔다.

다음 장에서 다루어지겠지만, 절차적 보호장치, 재판에서 발생하는 정보의 부족, 과도한 구제절차 요구의 실패 가능성은 과격한 사법적극주의로의 모험을 회피토록 한다. 따라서 확실한 법적 근거 없이 사법부가 적극적으로 정치기관을 대리함으로써 생기는 위험성은 적어도 역사적인 관점에서 봤을 때에 과장된 경향이 있다. 정치기관에 대하여 개입할만한 확실한 법적 근거가 없는 경우 사법부가

자중하며 소극적인 경향을 보여 왔다면, 이러한 경향이 사회권 분야의 재판에는 적용되지 않으리라고 보는 것은 납득가지 않는다.

### Box 9. 법원, 권력의 분립과 사회권

다양한 국가의 법원들은 사회권 판결에 대한 권한에 도전을 받음과 동시에 권력 분립에 관한 논쟁과 직면해왔다. 아래에서는 법원이 어떻게 사회권 분야에서 자신의 역할을 명확히 해왔는지에 대한 예이다.

- 남아프리카공화국의 헌법재판소에서는 남아프리카공화국 헌법에 사회권을 포함시키는 것이 권력 분립의 원칙 위반이라는 문제가 제기되었다. 헌법재판소는

“두 번째 반대는 사법부가 입법부와 행정부의 영역을 침해할 수 있기 때문에 (헌법에) 이러한 권리를 포함시키는 것이 권력분립의 원칙에 위반된다는 것이다. 특히, 반대자들은 법원이 정부에 대하여 예산 분배를 명령하는 결과를 초래할 것이라고 주장하였다. 사회, 경제적 권리를 포괄하게 되면 법원이 예산문제에 대하여 직접적으로 명령을 내리게 되는 것은 사실이다.”

“하지만 법원이 평등, 표현의 자유, 공정한 재판을 받을 권리와 같은 자유권을 강제함에 있어서도 법원의 명령은 늘 권력분립의 원칙과의 관련성이 있었다. 법원은 법적 원조의 제공이나 구제를 받지 못하던 계층의 사람들을 위한 국가에 의한 혜택의 확장을 요구 할 수도 있다. 본 재판소의 관점에 따르면, 사회, 경제적 권리를 권리 목록에 포함시킨다고 하여 법원에 부여된 직위가 권력분립의 원칙에 위배된다고 말할 수 없다.”(Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/96, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, September 6, 1996, para. 77)

- 콜롬비아 헌법재판소는 국가가 어린이들의 예방접종을 이행하지 않았던 사건에 대하여 심리하였다. 헌법재판소의 판결은 다음과 같다.

“소극적 자유를 보호하는 권리에 관한 사건에서 일반적으로 국가는 개인에게 개입하지 않아야 하며 그러한 개입에 대하여 자제해야 한다. 오직 법에 규정이 있으며 규제에 의한 비례성과 합리성이 있고 권리의 핵심에 영향을 끼치지 않을때에만 국가에 의한 제한이 허용된다. 반면, 차별이나 사회적 소외에 의해 고통받는 이들의 보호를 포함하는 중요한 평등권 문제에 있어서는 국가에게 단순히 자제만 할 것이 아니라 능동적인 행동이 요구되는 것이다. 헌법적 관점으로 볼 때, 이 사건에서 국가의 부작위는 위법하다.

“사회에서 차별받고 사회적으로 소외되는 집단과 관련한 국가의 부작위는 법규범 하에서 복지국가의 근간을 구성하는 공평한 사회적 질서라는 의무를 위반한 것이다. 또한 이것은 사회적 소외와 차별을 금지하는 헌법조항에 위반한 것이다. 이러한 상황에서, 사법부의 역할은 부작위에 책임이 있는 공공 권력을 단순히 대리하는 것이 아니다. 오히려 정부의 부작위가 헌법적 기본 권리에 대한 위반인 것이 명백한 경우 의무를 다하도록 명령하는 것이 사법부의 역할일 것이다.” (Constitutional Court of Columbia, Decision (Sentencia) SU-225/98, May 20, 1998, para. 29)

- 인도 대법원은 국가가 헌법에 의해 규정된 응급의료조치를 제공하지 않은 사건에 대하여 판결하였다. 응급상황에 대처하기 위하여 의료 행위를 해야 하는 경우에 대하여 상세한 기준을 제시한 다음 법원은 다음과 같이 판시하였다.

“이러한 편익을 제공하기 위하여 재정적 자원이 필요하다는 것은 사실이다. 그러나 이와 동시에 국가가 국민들에게 적절한 의료조치를 제공해야한다는 헌법적의무 역시 경시될 수 없다. 이러한 헌법적 의무를 위해 필요한 모든 조치는 반드시 행해져야 한다. 기소된 가난한자에게 무료법률구조와 관련하여 대법원은 국가는 재정적 제약을 이유로 헌법적 의무를 기피할 수 없다고 판단해 왔다.” (*Khatri (II) v. State of Bihar*, (1981) 1 SCC 627 at p. 631 (AIR1981 SC 928 at p. 931 참조) “인간의 생명을 보호하기 위하여 의료 원조를 제공하는 국가의 헌법적 의무의 수행에 있어서도 이는 마찬가지이다. 의료 조치를 위한 재정의 분배 문제에서도, 위에 언급한 국가의 헌법적 의무는 지켜져야 한다. 이러한 의료조치를 제공하기 위하여 적절한 의료조치 가능성의 보장을 위해 위원회와 이 법원에 의해 제시된 요구사항을 준수하면서 긴급한 계획안을 세우는 것이 절실하며 계획의 이행 역시도 위와 같은 절차를 밟아서 이루어져야 할 것이다.” (Supreme Court of India, *Paschim Banga Khet Samity v. State of West Bengal*, Case No. 169, May 6, 1996, para. 16)

## 제6장. 절차상의 도전과 해결책

사회권의 사법적 강제이행에 대한 많은 반대의견들이 이미 이 보고서에서 검토되었다. 이 장에서는 특히 사법심사의 특성상 법원은 사회권의 불이행을 확인하고 강제하기에는 부적합하다는 주장에 대해 살펴보겠다. 세부적으로, 이 장에서는 다음과 같은 논쟁들에 대해서 비판할 것이다.

- 사회권과 관련한 갈등에 대응하고 해결하기 위한 법관의 전문성
- 정치기관의 범위 내에서 사회권 관련 결정을 강제하기 위한 사법부의 제도상 역량에 대한 불신
- 사회권 문제의 정책 형성과 관련된 갈등을 결정하기 위한 공개토론장으로서 사법적 심리의 부적당함

사회권 문제를 결정하기에 법원은 부적절한 기관이라는 주장은 오해에 불과하다. 이러한 주장은 모든 사회권 사건은 여러 이해당사자들이 포함되고, 복잡하고 값비싼 증거재판이 요구되며, 재정적으로 중대한 부담이 되고 나아가 국가나 정부 기관의 다른 하부기관들 사이의 잠재적인 갈등이 있는 복잡한 사건임을 전제한다.

그러나 이러한 전제는 틀렸다. 대부분의 사회권 사건은 그다지 복잡하지 않다. 비교법적 연구는, 많은 국가에서 사법부에 의해 판결된 사회권 사건 중 다수가 적극적, 소극적인 의무와 관련된 개인적인 청구였다는 것을 보여준다. 이러한 사건들에서, 사회권을 다루기 위한 사법부의 제도상의 불능에 관한 대부분의 주장은 적용될 여지가 없다. 건강, 노동, 주거, 교육, 사회 안보에 있어서의 결정은 개인들에게 영향을 미칠 수 있는 다른 정부 활동에 대한 결정과 크게 다르지 않다.

하지만 복잡한 사건에 있어서는 소송을 통해 특정 권리를 강제하게 될 때에

문제가 발생할 수 있다는 것은 사실이다. 잠재적으로 대규모의 원고의 수, 구제책으로서의 구조개혁의 주장, 새로운 예산분배 요구, 지속적인 감시를 요하는 구제국면의 연장 등은 간단하고 개별적인 전통적인 소송과 비교해서 문제가 될 수 있다.

그러나 다시 강조하건대, 복잡한 소송은 사회권의 필연적인 특징이 아니며, 사회권에 국한된 것도 아니다. 제도적으로 집행된 인종 차별, 수감자 권리의 침해, 정신보건 시설에 위탁된 사람들의 권리 침해 등의 자유권에 관련된 국내외의 복잡한 소송 판례가 많이 있다. 또한 소비자법, 독점금지법, 파산법, 조세법 같은 재산법, 상법 분야와 환경법과 같은 상대적으로 새로운 법의 분야에서도 복잡하고, 수많은 소송 예가 있다. 사건의 복잡성을 결정하는 것은 사건 관여자의 수, 위반의 범위, 요구되는 배상의 정도와 같은 요소들이지 관련된 권리의 “특성”이 아니다. 복잡한 사기 범죄와 같은 형사재판은 어떻게 법원이 종종 수많은 피고인과 증인들이 필요한 복잡하고 어려운 사건을 다루는지 보여주는 예이다.

나아가, 이러한 복잡한 소송의 난점들을 인정하더라도, 사법적 집행을 시도하는 것이 그것을 안 하는 것보다 권리 보장을 위해서는 낫다는 점이다.

마지막으로, 사회권 관련 사건을 심사하는 사법부의 능력 부족과 관련한 주장은 몇몇 사법관할권에서 사법 활동의 부적당함과 한계를 보여주는 것일 수 있다. 그러나 이것은 복잡한 사건에서 사회권이나 다른 권리에 대한 사법상의 집행능력에 대한 비판이 아니다. 오히려 현재 사법부의 권한과 가능한 구제절차의 개선에 대한 요구라고 보아야 한다.

## 1. 사회권 문제와 관련한 갈등에 대응하고 해결하기에는 법관들이 비전문적이라는 주장

사회권의 사법심사가가능성에 대한 대부분의 비판은 법관들이 건강, 교육, 식량, 주거를 포함한 사회 정책적인 문제들에 있어서 지식과 전문성이 떨어진다는 점에 집중하고 있다. 따라서 사회권 문제는 법관이 판단할 것이 아니라 각국의 행정 기관의 재량에 맡겨서 해결하는 것이 낫다는 주장이 제기된다.

하지만 법관들이 사회권 관련 사건을 맡았을 때, 자의적으로 판결을 내린다고 생각하면 오산이다. 다른 분야의 사건들을 판단할 때처럼 법관들은 헌법과 인권에 관한 조약, 법령 등과 같이 기존의 법적근거에 따라 판결하기 때문이다. 사회권에 따른 의무가 무엇인지 그 내용만 명확하다면, 법관들은 다른 분야의 사건과 마찬가지로 사회권 사건을 판단할 때에도 의무를 가진 자가 의무를 다했는지 확인하는 역할만 할 것이다. 이미 법관들은 전자통신법, 독점금지법, 환경법과 같이 기술적으로 복잡한 분야에 있어서도 이러한 역할을 하고 있다. 이처럼 복잡한 분야들에서 법관들에게 심판권을 주면서 건강, 교육, 주거, 식량에 관한 분야에서는 심판권을 주지 않겠다는 주장은 비합리적이다.

또한, 법관들은 재량을 제한하는 규제된 틀에서 사건 심리를 한다. 이러한 재판, 심리상의 규제된 틀 안에서는 법관들이 자의적으로 공공 정책을 판단할 수 없다. 우선 당사자 적격이 있는 자가 재판을 청구해야 한다. 물론 복잡한 기술적인 문제에 대한 재판을 할 때, 다른 분야들과 마찬가지로 전문가의 증언을 참조할 수도 있다. 입증책임을 부과하는 등의 절차법상 규정들은 근거가 없거나 세세한 주장들에 대한 보호 수단 역할을 한다. 여기에 절차규범이 국가제정규범으로 만들어져 존중된다면, 이들 절차 규범은 각국의 행정 기관에게 우선권이 주어진 사안에 사법적으로 개입해야 할지 더욱 신중할 것을 요구한다. 절차적 규정은 종종 사법권 개입을 자제하도록 만드는 근거가 되는 것이다. 이처럼 규제된 틀 안

에서 판결할 때, 법관들이 자신의 배경지식의 범위를 넘어서는 다른 분야에서 자의적으로 정책을 형성하는 것과 같은 위험성이 거의 없다.

마지막으로, 재판에는 늘 상소의 가능성이 열려있다. 따라서 사건이 최고 법원에 상소될 때까지, 모든 문제들은 외부에 공개가 됨으로써 적절한 틀 안에서 규제될 수 있다.

## 2. 사회권 관련 결정을 국가의 행정기관에게 강제하기에는 사법부에 제도적 한계가 있다는 주장

사법부가 사회권 관련 사건에 대해 심판하지만 그러한 판결을 정치기관이 집행하는지를 보증할 수 없을 경우에 사법부의 정당성에 악영향을 끼칠 수 있다는 몇몇 진지한 주장이 있다. 아무리 좋은 의도였더라도 이러한 분야에서 사법 권력을 확대하는 것은 판결을 집행하기 어렵거나 불가능 할 경우 사법부의 정당성을 약화시킬 수 있다. 이러한 경우 권리보유자이 자신의 주장을 관철시키기 위해 정치적 통로를 통한 압력을 쏟는 일로부터 주의를 분산시키는 잘못된 기대를 불러올 수 있다. 사실상, 이러한 주장의 요지는 아래에서 보는 것과 같이 행정기관에 비해 사법부의 위치가 약하다는 점이다.

- 행정기관을 향한 사법부 명령의 강제와 관련하여 확실한 보장이 없다는 점
- 예산 분배를 요구하는 조치의 계획과 이행을 집행하기 위한 사법부의 힘이 부족하다는 점
- 사법부의 명령이 확실히 이행되고 보장되기 위해서는 국가 행정기관의 협력이 필요하다는 점

이것은 정당한 염려이다. 사회권에 대한 소송을 진작시키려는 어떠한 진지한

전략도 이러한 장애물의 존재와 중요성을 명심해야 한다. 그러나 법의 다른 분야에 있어서 국가의 책무와 관련한 어떠한 결정에도 똑같은 주장이 적용될 수 있다. 국가의 작위와 부작위가 문제될 때, 사법부의 독립과 행정 기관의 사법 명령 준수는 자유권, 사회권 등의 권리의 사법상 보장을 위한 일반적인 전제조건이다.

사실상, 정치기관이 바라지 않았던 사법상의 판결을 준수하는 것은 독립적이고 치우치지 않은 법원의 공정한 재판을 보장하기 위한 필수 요소이다. 국가와 사업을 위해 계약한 개인의 재산권과 관련한 사건 같은 분야에서 사법명령을 준수하지 않는다고 해서, 권리의 사법심사가가능성 또는 침해가 발생한 사건에서 그러한 권리의 사법상의 보호에 대해 문제 삼지는 않는다. ‘법에 의한 지배’를 위해서는 사법부가 법적 의무 위반을 판단할 때 그에 대한 신의의 준수가 필요하다.

나아가 사법 판단에 대한 정치권력의 준수가 바람직하고 더욱이 필수적인 법적 목적이라면, 이에 대한 진지한 존중은, 사법 명령을 따르지 않거나 무시하는 공무원에 대한 제재 등의 적절한 절차적 메커니즘과 보장을 필요로 한다. 이러한 강제적인 권한의 결여는 정부의 행정 기관에 대한 사법 판결을 집행하기 위한 사법부의 무능력이 아닌 법에 있어서의 결함을 나타낸다.

권리의 사법 집행은 권리 보유자들이 그들의 권리를 청구하기 위해 다른 형태의 행동을 취하는 것을 배제하지 않는다. 정치적 전략과 사법적 전략은 반드시 모순되는 것은 아니다. 오히려 상호 보강할 수 있다. 특정 규칙을 세우거나 아주 일반적인 법 원칙이나 의무의 내용을 특별히 설정하는 것이 우선시 될 때에는 정치적인 전략은 확고한 법적 근거가 없는 사법적 행동보다 유리할 수 있다. 하지만 규칙들이 이미 세워져 있을 때에는, 권리보유자들에게 필요한 것은 규칙의 재협상이 아닌 정치기관의 준수를 강제하는 사법 메커니즘이다. 따라서 적절한 사법메커니즘의 탐색은 반드시 잘못된 것이 아니다. 오히려 이전의 정치적 투쟁이나 그로부터 발생한 법적 의무를 보충할 수 있는 것이다.

### 3. 사회권을 보호하기 위한 몇몇 전통적인 절차적 메커니즘의 절차상 한계와 부적절성

사회권의 사법심사가능성에 대한 또 다른 반대는 사법심리가 건강, 주거, 안보나 교육과 같은 분야에서 공공정책 구체책을 토론하고 고안하기 위한 공개토론허으로서는 부적절하다고 하는 것이다. 이러한 주장에 따르면, 법원이나 심판기관의 심리는 사법 분쟁의 목적과 관련한 절차상 한계, 제한된 참여자의 수, 재판이나 심리에서 다루어질 수 있는 정보량의 한계로 공공정책의 계획과 실행의 복잡성을 따라갈 수 없기에 복잡한 공공정책 문제를 대처하기에는 부족하다고 말한다. 따라서 사회권 분야에서의 소송은 완전한 정보에 의해 내려진 우선권에 관한 결정을 뒤집거나, 공공정책의 시행을 방해하거나, 책임 있는 정치기관에 의해 결정된 부족한 자원의 분배를 변경하는 등 적법한 공공 정책을 왜곡시키며 원하지 않은 결과를 야기할 위험성을 가지고 있다는 것이다.

#### (1) 전통적인 절차적 메커니즘의 한계

사회권 위반 모두가 본질적으로 집단적이거나 복잡한 것은 아니지만, 복잡하거나 구조 개혁적인 소송에 있어서는 이러한 주장이 어느 정도 일리가 있다. 그렇다고 해서 사회권의 소송을 통한 보호가 필요 없다는 것은 아니다. 사실상, 사회권의 사법심사가능성에 대한 장애물 중 하나는 대규모 혹은 집단적인 권리 침해가 있을 때 전통적인 절차적 메커니즘이 이를 보호하기에 부적절하다는 점에 있다.

전통적인 권리 강제 메커니즘은 19세기의 재산권 패러다임에서의 법체계에 의해 고안되었다. 제2장에서 언급한 재산권에 대한 법적 자원의 뛰어난 배분은 법률 커리큘럼의 내용 뿐 아니라, 권리를 보장하기 위한 절차적인 메커니즘과 같은 외관상 ‘중립적인’ 법제도의 계획에도 영향을 미쳤다. 따라서 전통적인 사법 절차

차는 개인적 소송과 개개인의 구제와 관련된 협소한 당사자 적격 관련 규칙에 대해 특권을 주었고, 개인 간의 갈등을 판결하기 위해 개발되어 왔다.

법적 절차의 현재 구조에 내재된 잠재적인 한계에도 불구하고, 전통적인 개인적 소송의 한계는 사회권을 포함한 것 뿐만 아니라 대규모의 집단적인 권리 침해 전반과 관련된 한계를 나타낸다는 점이 강조되어야 한다. 예를 들어, 수감자의 자유권에 대한 위반은 종종 집단적인 위반의 형태를 띠며, 개별적이 아닌 집단적인 구제책을 요한다. 이와 비슷하게, 부작위에 대한 청구에 있어서의 집단 소송은 전통적 틀 구조와 이러한 틀 구조 안에서 어떻게 판결의 집행을 보장할지에 대한 문제를 보여줄 수 있다. 19세기의 재판 모델은 구조적으로 20세기 또는 21세기의 권리문제를 쉽게 판단할 수 없기 때문에, 그러한 권리들에 대한 접근은 재판의 실행을 위해 방법이나 메커니즘을 재검토하기 보다는 보류하는 방향으로 흐르게 된다.

## (2) 행정상의 자유재량

꼭 언급해야 할 또 다른 문제는 사회권의 사법 강제를 위한 적절한 절차상 틀 구조가 없다는 점이다. 이러한 약점은 공공사업을 실행함에 있어서 정치 기관에-특히 행정부에-주어진 넓은 자유재량과 관련이 있다. 이러한 재량의 특징 중 하나는 보건, 교육, 주거와 같은 사회 서비스의 제공을 규제하는 법령을 심사하는 근거가 약해지는 원인이 되었다. 세계의 여러 사법관할권에서 이러한 법령의 목적은 규제하려는 권리에 내용을 부여하기 보다는 이러한 서비스에 필요한 행정적인 틀 구조를 제공하는 것에 있다.

## (3) 사회권 영역의 복잡한 문제를 다루는데 있어 재판절차의 부적절성

사회권과 관련한 복잡한 소송에서 마주치는 몇몇 문제점들을 보면 여러 확립된 절차에 내재된 부적절성에 의해서 생기는 문제점들을 살펴볼 수 있다.

- 개별적인 청원을 심리하기 위해 설계된 절차들은 집단의 권리와 관련되거나, 대규모 권리 위반이나 집단적인 구제가 요구되는 상황 하에서 집단적인 청원을 해결하기에는 적절치 않다. 몇몇 조건들은 전체 집단에게 영향을 미치는 조치에 이의제기하는 것을 불가능하게 만든다. 이러한 조건들로는 당사자 적격과 관련해서 충분하고도 배타적인 이해관계를 보여주어야 하는 것과, 구제수단의 경우도 개인원고의 관심사를 강조하는 것으로 제한되고, 여러 나라의 민사절차에서 볼 수 있는 특징인 유사 권리피해자들을 위한 집단적 대표 소송 제도가 결여되었다는 것을 들 수 있다. 이는 사회권 강제와 관련된 많은 사건에서 볼 수 있는 상황이기도 하다.
- 사회권 위반에 관한 재판은 종종 신속한 이행과 충분한 증명을 동시에 요구한다. 그러나 이러한 요구는 전통적인 절차 하에서는 상호 배타적일 수 있다. 헌법소송의 금지명령이나 잠정조치(역자 주: 예컨대 헌법소송에서의 가처분 결정)는 소송의 형식적 적격성을 판단하는 시기에 입증책임을 부과하여 명백한 침해나 침해의 가능성과 관련된 증거를 제출할 것을 요구한다. 그러나 이러한 입증 이후에는 사실관계의 논의는 최소한으로 한다. 하지만 사회권 위반에 관한 사건은 대개 복잡한 사실적 혹은 법률적 문제와 관련이 있으며 이것들은 사실 문제와 증명에 관한 보다 광범위한 주장을 요구한다.
- 복잡한 소송에서 구제책을 고안하고 이행하는 것은 절차의 무게중심을 심리에서 구제단계로 이동시킨다. 그러나 전통적인 절차는 재판심리단계를 가장 중요하다고 여기기 때문에 대부분의 절차적 규정을 이 단계에 두고 있다. 구제절차는 단지 부수적일 뿐이며, 구제절차를 고안하고 이행을 감시하는 적절한 절차에 관한 안내는 거의 없다.
- 민법 체계에서 국가는 개인에 비해 절차적으로 이점을 가지고 있다. 예를 들어, 국가는 고소장에 대응할 시간을 더 많이 가지고 있고, 증명을 위해 행

정부의 관계서류를 가져다 쓸 수 있으며, 개인들이 가지고 있지 않은 특권들을 가지고 있다. 국가에 대하여 적극적 의무의 완전한 이행을 요구하는 판결은 대개 선언적 판결일 뿐이고, 충분한 절차적 보호가 따르지 않으며, 특히 구조적 개혁이나 장기적인 이행을 요할 때에는 종종 집행하기가 어렵다. 이러한 점들이 준수와 이행 문제를 일으킨다. 국가에 대해 의무를 지우는 판결은 이행이 연기되거나 표면적인 준수 다짐만 받을 수 있을 뿐이다.

분명 이 모든 것은 위반이 특히 대규모일 때, 다른 권리들을 비롯하여 사회권의 사법 강제에 한계로 다가올 수 있다. 하지만 위에 언급한 문제점을 해결하는데 더욱 적절한 새로운 절차를 고안함으로써 개인 간의 재산분쟁을 위해 만들어진 소송이라는 전통적 틀을 극복하는 것이 불가능하지만은 않다. 절차 메커니즘에 관한 논의는 단지 사건의 특정 상태만 강조할 뿐이다.<sup>198)</sup> 이것을 보는 다른 관점은 현재의 상황이 사회권을 포함한 기본적인 권리를 보장할 때 절차적 구제를 제공하는 국가의 의무를 일응 위반한다는 점일 수 있다.<sup>199)</sup> 진정 이러한 논쟁은 이러한 권리들을 집행하기 위한 절차장치를 어떻게 제공하는지에 대한 창의적인 사고를 불러올 수 있다.

#### (4) 절차개혁과 비교법 연구의 발전을 통한 교훈

어느 선까지는, 현대 절차법의 진화는 전통의 개인소송을 새로운 도전에 적응시킬 필요성을 강조하면서 이런 어려움을 고려해 왔다. 즉, 기본권 침해의 집단적 발생이나 침해가 발생하기 전에 기본적 법적 권리를 긴급히 보호할 필요성 같은 것들이 새로운 도전으로 고려되었다. 환경문제, 소비자 문제 및 대규모 불법행위의 절차는 이러한 방향으로 새로운 길을 열어 왔다. 비교법 연구 또한 다음

198) 법체계에서 완전함이 부족함으로써 생기는 ‘법적 틈새’. L. Ferrjoli, "El Derecho como Sistema de Garantías", in L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más Débil* (Madrid: Trotta, 1999), p.24.참고.

199) 예를 들어, CESCR, General Comment N° 9, *The domestic application of the Covenant* (Nineteenth session, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/24(1998), paras. 9-10 참고.

과 같은 예에서 보듯이 여러 도움이 되는 예를 제공해준다.

- 집단 소송
- 집단적 권리구제절차(collective amparo)(역자 주: amparo는 통상 스페인 법적 전통의 국가, 남미 여러 나라에서 사용되는 개인의 헌법적 권리구제절차를 일컫는 말임)
- 사전 조치와 관련된 새로운 기준
- 브라질의 공공시민 소송 등 권리구제수단
- 옴부즈만, 법무부장관, 검사가 사인을 대신하여 집단진정을 제기하는 제도

집단적이거나 복잡한 소송의 필요를 고려하는 새로운 절차적 재정비는 개인 소송의 한계를 극복하도록 할 수 있다. 예를 들어, 이러한 절차적 재정비는 다른 집단의 대표자들이나 정부의 다른 부서들과 같은 다수 당사자와 관련된 복잡성에 맞설 수 있고 또한 법정에서 모든 상관된 정보를 다룰 수 있다. 나아가 이런 절차는 새롭게 요구되는 구제절차의 적절한 틀을 제공할 수도 있다. 특히 장기적인 대책이 필요한 경우 그것의 이행을 지속적으로 감시하는 것을 보장하기도 한다.

다양한 법적 전통들이 이러한 경향을 여러 방면에서 반영해왔다. 집단 소송은 보통법 국가의 절차적 유산이며, 공익소송은 집단소송을 통해 수혜를 얻어왔다. 개인의 불만을 증명할 필요성과 거리를 두고 등장한 ‘추상적’ 헌법심사(역자 주: 특정 사건의 전제가 됨이 없이 위헌법률심사를 할 수 있는 제도)는 대륙법계 국가에서 50년 이상 유지되어 왔으며 약간의 변동사항은 있었지만 전 세계로 뻗어나갔다. 권리의 심각한 위반을 심리하기 위해 형식주의적인 절차요구를 완화하는 것은 인도, 콜롬비아, 코스타리카 등의 나라의 특징이다. 남아프리카 공화국 헌법 재판소의 광범위한 헌법심사의 영향력은 이러한 전통이 발달한 좋은 예이다.

이 분야에서 헌법적, 입법적 혹은 사법상의 진화는 아르헨티나, 브라질, 콜롬비아, 코스타리카 같은 남미국가에서 두드러진다. 아르헨티나에서는, 1994년 헌법 개정에서 헌법조항의 직접 해석을 통한 집단적인 구제절차(amparo)를 만들었는데 이는 매우 창의적인 사법적 발전이다. 브라질에서는 환경, 소비, 직업 안정, 건강 문제의 사법적 보호를 보장하기 위한 ‘공공 시민 소송’(ação civil pública) 라고 불리는 새로운 절차가 1985년 규정된 이후로 널리 사용되고 있다.<sup>200)</sup> 콜롬비아에서는 여러 가지 새로운 절차(헌법재판소의 acción de tutela, 통상 법원의 acción popular 및 acción de cumplimiento제도)가 국가의 작위 부작위와 관련된 소송의 가능성을 근본적으로 바꾸어 놓았다. 코스타리카에서도 대법원의 헌법재판부의 중앙집권화 되고 간소화된 구제절차가 학생들에게 학교 교장의 결정을 다툰 사건을 포함하여 주목할 만한 결과를 내놓고 있다.

인도의 경우 공익소송의 발전으로 이끈 한 요인은 권리 위반이 대규모이고 사람들을 불리한 상황으로 빠뜨릴 때 형식에 지나치게 구애되는 법절차적 장애를 극복해야 한다는 법원의 끈질긴 주장에서 비롯되었다. 절차적 장애에 대한 내용적 정의의 우선적 고려는 당사자적격이나 사법 청구를 위한 형식적 요구와 같은 절차적 요구의 유연한 해석을 정당화해왔다.<sup>201)</sup> 인도법원은 사법청구를 가로막는 가능한 약점들을 극복하기 위하여 수많은 절차장치를 개발했다. 그러한 절차장치

200) 예를 들어, R. de C. Mancuso, *Ação Civil Pública* (São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999), pp. 46 - 55; M.F.M. Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, (Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998), pp.187 - 200. 참고.

201) 예를 들어, Supreme Court of India, *The mumbai Kamgar Sabha, Bombay v. M/S. Abdulbhai Faizullabhai and others*, AIR 1976 SCC 1455 (1976); *S. P. Gupta*, 1981 (Supp) SCC 87 (1981); *Upenda Baxi v. State of U. P. & ors.*, 1982 (1) SCC 84 [502], (1983), 2SCC 308 (1986) 4 SCC 106, AIR 1987 191; *Sheela Barse v. Union of India and another* (1993) 4 SCC 204; *High Court of Kerala (India), In the Matter of: Prison Reform Enhancements of Wages of Prisoners etc.*, AIR Ker 261 참조. 일반적으로, Sangueta Ahuja, *People, Law and Justice. Casebook on Public Interest Litigation* ( New Delhi: Orient Longman, 1997), T.I, *Introduction*, pp. 4-8; Siddarth Bawa, *Public Interest Litigation* (Delhi: New Era Law Publications, 2006), pp. 72-141 ; D.J. De, *New Dimensions of Constitutional Law* (Calcutta: Eastern Law House, 1991) pp. 8-21; Mamta Rao, *Public Interst Litigation. Legal Aid and Lok Adalats* (Lucknow : Eastern Book Company, 2<sup>nd</sup> edition, 2004), pp. 64-111 and 265-285 참조.

중에는 기술적으로 복잡한 결정을 내리기 전에 전문가 위원회를 임명한다던가, 어떠한 구제 명령을 따르지 않았다는 증거가 있을 때 사건을 법원에서 지속하도록 하는 것을 보장함으로써 사법 명령의 효율성을 보증하는 방법 등이 있다.

각각의 혁신에 수반되는 난제들을 인정한다고 해도, 이러한 새로운 절차장치의 이론적 혹은 제도적 평가는 긍정적이며, 아직 이러한 절차장치를 도입하지 않은 국가들도 변화를 추구하고 있다. 오늘날 이 분야의 다양한 발전은 전망이 밝다. 사회권, 자유권 모두의 영역에서 순전히 개인적인 사건의 효과가 정치권력으로 하여금 원고나 청구인의 이익을 넘어서 집단에게 이익이 되는 일반적 조치를 취하도록 할 수 있다는 사실 역시 경시되어서는 안 된다.<sup>202)</sup>

## (5) 국내 법원에서 국가의 지위

마지막으로 다루어야 할 문제는 국가에 대하여 명령을 집행함에 있어서의 난점들과 국내 법정에서 국가의 특정한 지위에 대한 문제이다. 유럽대륙의 행정적 전통에서는 국가를 위한 특정 절차적 이점이 있다. 이러한 절차적 이점은 사적인 소송에서는 불공평하고 부당하다고 여겨지는 것이다. 이러한 이점 중 몇몇은 정당화될 여지가 있지만, 대부분의 경우에는 완전히 임의적인 자유재량, 공평정대의 결핍, ‘무기대등의 원칙’의 위반 등은 법의 적정절차를 위반한 것으로 여겨질 수 있다. 또한 입법적 개정이나 법리적 개선이 요구될 수 있다.<sup>203)</sup> 노동권, 연금,

---

202) 인권적(또는 헌법적) 판단의 중요한 요소는 과거 위반에 대한 대책만을 제공하는 것 뿐 아니라, 위반의 지속과 반복을 피하려고 한다는 점이다. 재발 방지의 보증이야말로 인권 분야에서 구제개념의 중요한 요소이다. 유럽 인권재판소의 Airey 사건에 대한 판결은 좋은 예이다. 재판소는 사법적으로 이혼 선고를 얻기 위해 변호사비용을 지불해야하는 경우에 있어서 사법권의 접근을 막는 사회-경제적 장벽은 유럽인권협약 제6조제1항 위반이라고 판결하였다. 이 재판에서 확인된 위반에 대한 적절한 구제는 피해자에 대한 개인적 보상 뿐 아니라, 국가 차원에서 현상태의 변경과 미래에 예상되는 위반의 방지였다. 그렇게 함으로써, 사법 구제를 사용하는 더 넓은 집단에게 혜택을 줄 수 있을 것이다. European Court of Human Rights, *Airey V. Ireland*, October 9, 1979, especially para. 26. 참조.

203) 사법심사의 근간이 되는 법의 지배 및 법의 적정 절차에 대한 행정행위의 부합 국제법률가위원회에 의해서 일찍부터 논의되어 왔다. 다음 인용 부분은 뜻하는 바가 크다.

“(...) (행정 행위에 대한 사법적) 통제는 사실관계에 대한 완전한 재조사로 항상 이어질 수는 없기

사회보장제도가 다른 사회권을 부여하고, 조정하며, 종료하기 위해 만들어진 법적 절차의 사법심사와 관련된 사건은 특이한 일이 아니며, 국제인권기관이 심판하는 대상이 되어왔다.<sup>204)</sup>

때문에, 일정한 경우 공공적인 심리(審理)권을 가질 권리, 심리를 주관하는 규정 지식에 대해 알 권리, 적절한 대리인을 가질 권리, 반대 판례를 알 권리, 합리적인 재판을 받을 권리를 포함하는 공정한 심리의 원칙을 특별히(행정) 심판기관의 절차로 보증하는 것이 필수적이다. 그러지 아닐 충분한 사유가 있는 경우를 제외하고 적절한 대리인을 가질 권리는 법적조언을 들을 권리를 포함하여야 한다. (...) 행정부의 불법행위가 일어난 후에 그러한 불법행위를 바로잡는 사법심사 가능성을 제외하고서라도, 권리와 이해관계가 영향을 받는 단체들을 통한 심리, 조사, 상담의 적절한 사전 절차 등이 비합리적이거나 불법적인 행정 행위일 가능성을 최소화하기 위해 설명 기회를 당사자가 가질 수 있도록 하는 것이 요구된다. (...) 행정부가 사법, 행정적 성격의 결정을 하거나 개인의 권리를 영향을 주고 당사자로부터 통지를 요구받는 경우 반드시 행정부로 하여금 이유를 제시하게 한다면 법에 의한 지배를 증진 시킬 수 있다.”

국제법률가위원회의 “Need for and limitations fo effective governmental powers”, adopted at the Congress of Delhi, 1959, Committee II, in International Commission of Jurists, *The Rule of Law and Human Rights: Principle and Definitions* (Geneva: International Commission of Jurists, `966), pp.12-13 참고. 또한 “Human rights and aspects of administrative law”, and “Procedures utilized by administrative agencies and executive officials”, adopted in the Congress of Rio, in 1962, Ibid., at pp. 19-22 참고.

- 204) 예를 들어, Inter-American Court of Human Rights, *Baena v. Panama*, February 2, 2001, paras. 124, 126 and 127. 이곳에서는 법원이 노동조합 근로자의 해고와 관련된 행정절차에 적용가능한 공정한 재판을 위한 권리를 판단하였다. “5 Pensioners v. Peru”, February 28, 2003, paras. 116 and 135. 이곳에서는 연금을 삭감하는 행정 정책을 다루는 사건에서 법원이 사법 심사를 승인하였다. Inter-American Commission of Human Rights, Report 03/01; case of *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride, et al.* (Social Security System) v. Argentina, Admissibility Report, case 11.670, January 19, 2001. 이곳에서는 사회보장연금 분야에서 절차적 권리의 위반에 기한 진정이 진정의 형식적인 요건을 갖추었다고 판단하였다(이 사건은 원만한 화해로 종료하였음)

## 제7장. 국내영역의 사회권의 사법심사가능성과 국제인권법

이 장에서는 국제인권법의 맥락에서 앞의 장들에서 다루어진 몇몇 주안점들을 간략하게 다룰 것이다.

비록 국내법과 국제법이 저마다의 이론적, 실용적인 적용 분야가 있더라도, 여러 부분에서 상호 연결되어있다는 점을 주지하여야 한다. 국제인권법의 국내적 수용 문제를 여기에서 다루는 것은 부적절할 것이다. 지난 수십 년간 이 문제에 대해서는 많은 학문적 관심이 있었다.<sup>205)</sup> 그보다, 이 장에서는 사회권의 사법심사가능성에 대해 내려진 결론이 국제인권법에 영향을 끼치는 양태와 그 역의 경우에 관해 개괄적으로 설명을 하고자 한다. 이 장은 또한 국제인권법이 사회권의 사법심사가능성에 대한 현재까지의 장애를 극복하기 위해 어떻게 쓰일 수 있는지, 그 방법에 대해 집중할 것이다.

### 1. 국내영역에서의 사법심사가능성과 국제인권법: 그에 대한 평가

앞서 언급한 바와 같이, 국내영역에서의 사회권의 사법심사가능성에 대한 반대는 국제적 수준에서 1966년 두 개의 서로 다른 인권규약을 채택함으로써 인해 강화되었다. 이 규약 중 자유권 규약만이 선택의정서를 통한 개인적 진정메커니즘을 제공한다. 유럽과 미주의 시스템과 같은 지역 인권시스템 역시 이러한 진정메커

---

205) 예를 들어, V. Abramovich, A. Bovino and C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)* (Buenos Aires: Editores del Puerto, in press), M. Abregú and C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: CELS-Editores del Puerto, 1997); C. Haynes and F. Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties in the Domestic Level* (The Hague: Kluwer Law International, 2002); Y. Shany, "How Supreme is the Supreme Law of the Land? A Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Conventions upon the Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31, pp. 341-404, 2006. 참조.

니즘을 허용하는 권리의 범위를 제한하면서 자유권만이 효과적으로 사법심사가 가능하다는 입장을 고수하여왔다. 국제영역에서의 심사가능성에 대한 보류는 국내영역에서의 비슷한 거부감을 반영한다. 이는 국제표준이 그 도입에 참여하는 국가의 국내적 관행을 반영하는 것과 유사하다.

여러 증거에 의하면 두개의 국제인권규약이 채택된 이래, 사회권 관련 심판은 사실상 전 세계에 걸쳐 널리 퍼지게 되었다는 것을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고, 사회권의 이행을 위한 국제적인 진정 메커니즘 도입의 실패로 사회권의 중요성은 크게 부각되지 않았다. 그럼에도 자유권이든 사회권이든 인권의 상호의존성과 불가분성에 관한 심도 있는 논의와 많은 국가에서 사회권이 사법적 보호를 받아 왔다는 사실은 국내 사법구제에 대한 보조적 역할로서 국제영역에서의 진정 절차 형성에 대한 요구를 지원해 왔다.

사법심사의 구조와 목적에 관한 원리들이 모든 관할권에서 본질적으로 다르지 않다면, 법관들이 국내영역에서 사회권에 기초해서 심판할 수 있다는 가능성을 제시하는 판례는, 그러한 판결이 국제적 차원에서도 가능하다는 것을 말해 주는 것이다.

UN과 지역 단위에서 차별 금지를 통하거나 사법심사 가능한 권리들 간의 상호연관을 통한 사회권의 사법심사가능성을 가능케 하는 여러 방법들이 비록 제한적이고 간접적이지만 각국의 사법관할권에서 탐구되어왔다.

유럽사회헌장의 추가의정서에 기한 집단 진정은 지역적 범위에서 사회권의 사법심사가능성을 허용하는 가장 종합적인 제도라고 할 수 있는 데, 이것은 추상적 헌법심사(국제기준에 비추어 국내기준을 판단한다는 측면에서 그러함)<sup>206</sup>와 국

---

206) 예를 들어, European Committee of Social Rights, *World Organization against Torture (OMCT) v. Greece, Complaint N° 17/2003, January 25, 2005* 참고. 이 사건에서 그리스의 입법부가 아동에 대한 폭력금지

내의 집단소송(일반적인 관행과 실제적 실행 상황을 국제기준과 비교할 볼 때 그러함)<sup>207)</sup>을 반영한 것이다.

국내영역에서의 사법심사가능성에 대한 모든 반대가 국제영역에서의 그것과 관련된 것은 아니다. 대체로, ‘권력분립’의 원칙과 관련된 논쟁은 국내정부에 일치하는 ‘세계정부’가 존재하지 않는 이상, 국제영역에서 적용되지 않는다. ‘권력분립’의 원칙과 국제공동체의 구성원인 각국에 허용된 ‘재량행위’(이것으로 인해 국제기구에 의한 감독은 광범위하게 배제될 수 있음) 사이에는 느슨하게나마 약간의 관련성이 있다. 논자에 따라서는 각국에 허용된 재량행위는 사회권 관련 문제에 있어서 자유권 관련 문제보다 더 넓을 수밖에 없다고 한다. 이 관점은 각국이 자발적으로 인권보호의무가 사회권을 포함한다는 것을 승인하였으므로, 사회권 관련 의무를 준수하지 않은 사건에 있어서 이를 검토하기 위해 효과적인 국제적 메커니즘이 필요하다고 주장한다.

사회권의 사법심사가능성을 지지하거나 반대하는 다른 논의들은 국내, 국제 영역에서 대체적으로 비슷하다. 예를 들어, 사회권의 내용이 구체적이지 못하다는 주장은 국제기구에 의해 채택된 정의(定義)와도 관련이 있지만 그 내용의 국내적 해석과도 관련 있다. 따라서 같은 논리로 이러한 반대에 대한 해답은 국내적, 국제적으로 실제법적이거나 절차적인 방법을 통해 사회권의 내용을 구체화시키는 것이 가능하고 또한 매우 자주 활용되는 수법이라는 것을 보여줌으로써 제공할 수 있을 것이다. 사회권 분야에서의 국내법규의 위반이 국제인권기준에도 항상 위반되는 것은 아닌 것처럼 국제 기준과 국내 기준의 내용이 다를 수는 있지만,

---

를 보장하지 않음으로써 유럽사회헌장 제17조를 위반한 사실이 밝혀졌다. ‘추상적인’ 헌법심사관 헌법재판소가 특정 피해자의 권리침해의 판단을 전제하지 않아도 헌법심사가 가능하한 경우이다.

207) 예를 들어, European Committee of Social Rights, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal, Complaint N° 1/1998, September 10, 1999*. 이 사건에서 아동 노동이 만연함을 이유로 보호 법률이 있음에도 불구하고 제7조제1항의 위반을 주장하였다. 따라서 국가가 법률의 실행과 적용의 감시를 소홀히 한 것이라고 주장하였다.

각자의 영역에서 권리의 내용이 구체적으로 확정되어진다면 재판을 위한 확실한 기초가 결여되어 있다는 가정은 약화될 것이다.

사회권이 포함된 문제를 국내 사법부가 해결하기에는 무능력하다는 주장은 국제재판소나 준사법기관에도 똑같이 적용될 수 있을 것이다. 하지만, 이러한 주장은 국제단위에서 전적으로 적용되지는 않는다. 예를 들어, 국내사법결정의 제한적인 강제력에 관한 논의는 대부분의 재판소나 준사법기관 결정이 강제력이 결여되어 있고 국가 간의 신뢰와 국제기구의 정치적 압박에 의존하는 현실을 고려할 때 국제영역에서 적용하기에는 적절하지 못하다.

덧붙여서, 구제절차를 고안함에 있어서 생기는 난점들에 대한 주장은 UN조직에서 인권조약에 의해 도입되었던 준사법 진정절차와 같은 경우에는 적용하기 힘들다. 왜냐하면 이러한 진정절차에서 위반이 인정되었을 때, 적절한 배상과 회복은 국가에게 맡겨져 있기 때문이다.

## 2. 국제인권의 발전과 국내 영역에서의 사법심사가가능성

국제인권기준과 사회권 영역에서의 심판의 발달은 국내영역에서 사법심사가가능성의 발달을 위해 유용한 도구가 될 수 있다. 본 보고서는 사회권의 사법심사가가능하다는 점과 이것을 증명하는 여러 예들을 보여주기 위해 작성되었다. 그럼에도 불구하고, 사회권의 ‘프로그램적인 특성’에 대한 믿음과 사회권은 법관들에 의해 시행될 수 없다는 생각은 많은 사법관할권에서 지속되고 있다.

## 3. 사회권을 위한 국제인권법의 가치

국제인권법의 발전은 사회권이 명백히 확립된 의무와 자유권과 유사한 집행

메커니즘을 갖는 전적으로 의미있는 권리라는 인식을 강화하는데 있어서 중요한 역할을 할 수 있다. 이러한 역할은 다음과 같은 방식을 통해 가능하다.

첫째로, 국제인권법에서의 실체적 기준(일반적 해석 이론, 일반적 의무, 각 권리의 구체적인 내용)의 발전은 지역 판례나 법이론이 빈약한 사법 관할권에서 이러한 기준들의 국내화를 통해 도움이 될 수 있다.

둘째로, 국제적인 발전은 사회권의 내용이 확립될 수 있고 확립되어야 한다는 증거를 보여준다. 국내 법원은 이러한 기준들을 이용할 수 있다. 예를 들어, 국내 헌법이 사회권 조항의 내용을 명확히 표시하지 않더라도 사회권 그 자체는 인정하는 경우, 국제기준에 의거하는 것은 적절한 출발점이 될 수 있으며 또한 국가의 헌법조항의 해석이 국제법상의 의무와 일관성 있도록 하는 효과가 있다. 이를 통하여, 국내법원에 대하여 사회권에 기한 청구를 하는 데 좀 더 좋은 기반을 제공할 수 있을 것이다.

셋째로, 청원자로 하여금 국제기구에서 사회권 위반에 대한 청구를 허용하는 국제 절차의 수립을 통하여 ‘거울 효과’를 가져올 수 있다. 국제 법원과 준사법기관에 의하여 결정되는 사건들은 사회권에 대한 심사가능성을 명백히 보여주는 예이며, 국내법원의 사법심사가능성에 대한 편견을 극복하는 수단으로서 기능할 수 있다.

#### 4. 사회권규약을 위한 이행 메커니즘의 창설

청원자로 하여금 사회권 위반에 대한 청구를 허용하는 국제적 메커니즘이 결여되어 있음에도 불구하고, 사회권이 다른 인권과 인권원칙과 연계되어 보호받는 국제적 사례의 수적 증가는 비록 간접적이고, 단편적이며, 완전하지는 않더라도

국내 법원을 통해 사회권이 보호 받을 수 있는 가능성을 보여준다.

국제문서에 규정되어 있는 사회권 전체를 보호하는 사회권규약 선택의정서와 같은 국제조약과 지역인권 시스템에서의 사회권의 심사가능성의 확대는 사회권에 관한 이행을 좀 더 가시적으로 충족시켜 줄 것이다. 나아가, 사회권의 사법심사가능성에 대한 의문을 가지고 있는 국가에서는 국내 법원과 법관련 종사자들이 국제적 사례를 원용할 수도 있다.

사회권규약 선택의정서의 도입이 국제영역에서 사회권의 사법심사가능성 확립을 위한 유일한 방법은 아니더라도,<sup>208)</sup> 자유권규약과 사회권규약이 규정된 권리에 대해 동등하게 국제적으로 같은 수준의 보호를 하는 것은 상징적인 가치이지만 모든 인권의 상호의존성과 불가분성을 의미있는 현실로 만들어 나가는 데 초석이 될 것이다.

사회권규약 선택의정서는 자유권규약 선택의정서에 의해 부여된 보호와 같은 기준을 제공하여야 한다. 하지만 자유권규약 선택의정서는 약간 오래된 협약이므로(1966년에 도입), 이상적으로는 여성차별철폐협약과 장애인인권협약이 근래 도입한 선택의정서와 같이 국제공동체에 의해 개발된 새로운 관점을 사회권규약 선택의정서에서 구체화시켜야 한다. 사회권규약의 본문에 있어서의 몇몇 차이점은 국제 협력과 원조와 관련된 추가적인 제도를 만들어야 할지도 모른다. 하지만 이러한 차이점이 다른 진정절차 하에서 개인에게 이미 주어진 당사자 적격, 심사 적격, 잠정조치 및 심사기관의 결정의 성격이나 효력 보호 기준을 낮춰야한다는 논거가 될 수는 없다.

---

208) 장래에는 아동권리협약을 위한 진정절차나 지역 인권기구에서 사회권 관련 진정절차의 발달 등이 포함될 수 있다.

국제영역에서의 심사가능성은 사회권의 사법심사가능성에 대한 국내에서의 저항을 극복하는 데에 있어서 중요한 역할을 할 수 있다. 국제 보호메커니즘에 대한 접근은 국내 보호메커니즘에 대해 보조적 수단일 뿐이며 국내 구제책을 이미 완료한 후에 필요한 것이다. 하지만 국제진정절차의 존재는 사회권 위반에 대한 구제책이 없는 국가들로 하여금 구제책을 제정하도록 장려하는 역할을 할 수 있다. 이를 통하여, 국가에 대한 청원이 국제영역에서 이루어지기 전에 국내 차원에서 사건을 해결할 기회를 제공할 수 있다.

## 5. 결론 요약: 사회권의 사법심사가능성을 강화하기 위한 전략

- 사회권의 모든 분야가 사법 판단의 대상이 되는 데에 적절치 못하다는 것은 그릇된 인식이다.
- 사회권은 일률적인 양식을 따르지 않으며, 일률적인 특성이나 특색으로 규정될 수 없다. 사회권과 자유권간의 차이는 전통적인 구분 방법보다 미세한 차이에 불과하다. 사법심사가능성에 대한 저항과 어려움은 자유권에도 똑같이 영향을 미칠 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 이러한 권리들의 사법심사가 불가능하다고 결론지을 수는 없다.
- 사법심사가능성이 사회권을 집행하기 위한 유일한 방법은 아니다. 사회권의 완전한 실현을 위해 요구되는 여러 과제들은 주로 국가의 행정, 입법 기관에 의지하고 있다. 하지만 사법적 개입을 반대하는 것은 사회권 피해자들이 청구할 수 있는 구제책을 심각하게 감소시킬 수 있다. 또한 사법적 개입의 반대는 국가의 책임감과 억제력을 약화시키고, 지속적으로 위반에 대한 면책을 조장한다.

- 국제적, 지역적, 국내적 영역으로부터 비롯된 개념적, 실용적 발전은 어떻게 사회권이 다양한 사법심사가능성을 제공하는지 보여준다. 이러한 발전의 예로는:
  - 적극적, 소극적 의무 사이의 구별
  - 최소 핵심 내용이라는 개념
  - 즉각적인 효력의무와 점진적인 실현에 관련된 의무들 간의 차이점
  - 국가 의무의 다양한 수준 (존중, 보호, 충족의 의무)
  - 차별금지의 적용, 사회권 분야에서 평등과 절차적 보장의 원칙
  - 자유권과 사회권 간의 상호관련성
  
- 어떠한 전통적인 반대들도 사회권의 사법심사가능성이 감당할 수 없는 저항이 되지는 못했다. 하지만 헌법이나 인권 조항에서 사회권을 인식하는 것을 넘어, 입법의 도입이나 새로운 절차 메커니즘의 발달을 요구하는 문제들을 구체화하기 위하여 전통적인 반대들에 대하여 고찰하여야 한다.
  
- 헌법과 인권 조약의 일반적인 맥락 뿐 아니라, 법률과 규칙과 같은 구체적인 맥락에서 사회권의 내용을 인정하는 것이 가능하다. 내용을 인정하는 방법들은 많은 다른 사법 분야에서 법관들에 의해 널리 이용되어 왔던 것이다.
  
- 권리자와 의무자, 의무의 내용을 규정하는 국내의 입법, 행정적 규칙은 사회권의 사법심사가능성을 강화하는데 유용한 도구가 될 것이다. 차별금지, 평등, 합리성, 적법한 절차의 존중과 같은 일반적 헌법 및 인권 기준을 국가의 입법, 집행에 적용시킬 수 있을 것이다.
  
- 자유권 (그리고 행정법) 분야에서 파생된 사법 원칙과 기준의 사회권으로의 확장은 사법심사가능성의 축진의 유용한 수단이 될 것이다.

- 개념적 틀 구조와 판례의 관점에서 국제와 국내에서의 비교법적 발전은 각 사법관할권에서 사회권 재판에 좋은 예가 될 수 있다.
- 국가의 다른 기관들 사이의 균형 유지는 사회권 판결에서 사법적 개입을 배제하지 않는다.
- 헌법적 의무 또는 인권 달성의 여러 수단이 사용되는 사건들에서, 법관들은 전통적으로 정치적 권력에 결정을 맡겨왔다. 그러므로 ‘법관들에 의한 정부’가 될 것이라는 위험성은 대체로 과장된 것이다.
- 하지만 집단적이고 심각한 위반이나 정치권력에 의한 부작위는 범규범의 재정립을 위하여 강력한 사법적 개입을 필요로 한다. 이것은 자유권 뿐 아니라, 사회권에서도 마찬가지이다.
- 법관들은 기술적이거나 복잡한 문제를 포함하는 사건을 처리하는 만큼 사회권을 해결하는데 있어서도 능력이 결코 부족하지 않다. 사회권과 관련된 모든 사건들이 극도로 기술적이거나 논쟁의 여지가 있는 문제를 포함하지는 않는다. 그러므로 적절한 전문가나 광범위한 관계자들의 증언을 포함하도록 절차를 조정할 수 있다.
- 적절한 절차적 정비는 사회권을 사법심사 가능하도록 만드는데 있어서 중요한 요소이다. 그러나 이것은 자유권과 다른 모든 권리에 있어서도 마찬가지이다.
- 사회권 소송은 집단적인 청원과 관련이 있어 집단적인 구제책이 필요할지도 모른다. 효과적인 절차적 틀 구조의 제공은 집단적 사건의 적절한 해결

을 보장할 수 있다. 비교법적 경험에 의하면, 현대 절차법의 진화는 이런 종류의 청원을 다룰 수 있다.

- 무기대등의 원칙, 행정결정의 사법적 심사, 행정기관들의 사법 결정에 대한 준수와 같은 전통적인 적정절차와 공정한 재판을 위한 요구사항의 적용은 사회권의 사법심사가능성을 강화하는 데에 필수적인 요소이다.
- 사회권과 관련한 각국의 판례 비교는 사법심사가능성의 유용한 법적 근거를 제공하며 국제 조약에 의해 규정된 사회권 침해 사건에서 국제 진정메커니즘의 발전과 같은 사법심사가능성의 확장 근거를 제시한다.
- 국제적, 지역적 경험을 통해, 소송을 통한 사회권 이행 가능성이 여전히 제한되어 있는 사법관할권에서 편견을 극복하기 위한 귀중한 쟁점을 찾을 수 있다. 국내 및 국제에서의 올바른 사법심사를 통해 사회권의 실현을 강화할 수 있다.

## 국내 법원

---

### Argentina

#### Supreme Court

- *Alvarez, Oscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo*, July 12, 2001
- *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9.688*, September 21, 2004
- *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.688*, June 1, 2000
- *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, December 18, 2003
- *Benítez, Victoria Lidia y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo*, April 24, 2003
- *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, October 24, 2000
- *Díaz, Brígida c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/amparo*, March 25, 2003
- *Diéguez, Verónica Sandra y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/acción de amparo*, December 27, 2002
- *Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, March 13, 2001
- *Fayt, Carlos S.*, August 19, 1999
- *Kastrup Phillips, Marta Nélide c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo*, November 11, 2003
- *Laudicina, Angela Francisca c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de*

*amparo*, March 9, 2004

- *Mendoza, Aníbal c. Estado Nacional s/amparo*, September 8, 2003
- *Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*, October 16, 2001;
- *Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo*, April 04, 2002
- *Podestá Leila Grisela c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo*, December 18, 2003
- *Reynoso, Nida Noemí c/INSSJP s/amparo*, May 16, 2006
- *Rogers, Silvia Elena c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo*, September 8, 2003
- *Sánchez, Enzo Gabriel c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/acción de amparo*, December 18, 2003
- *Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo*, May 11, 2004

#### **Buenos Aires City Supreme Court (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)**

- *Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido*, October 7, 2002
- *Comisión Municipal de la Vivienda c. Tambo Ricardo s/desalojo*, October 16, 2002

#### **Federal Administrative Court of Appeals, Chamber IV**

- *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, February 10, 1999.
- *Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-s/Amparo Ley 16.986*, June 02, 1998

## Australia

### **Environmental Court of New South Wales**

- *Leatch v. Director-General of National Parks & Wildlife Service and Shoalhave City Council*, November 23, 1993, NSWLEC 191.

## Bangladesh

### **Supreme Court**

- *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD (1999) 488, July 29, 2001.

## Belgium

### **Court of Arbitration (Cour d'Arbitrage)**

- Case N° 5/2004, January 14, 2004,
- Case N° 169/2000, November 27, 2002

## Brazil

### **Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal)**

- RE 436996/SP, October 26, 2005

### **Sao Paulo Justice Tribunal (Tribunal de Justiça de São Paulo)**

- 068.167-5/9-01, 126.471-5/6-00, 068.167-5/9-01, 134.507-5/5-00, 165.207-5/8-00, 169.790-5/6-00, 178.687-5/7-00, 178.224-5/5-00, 178.250-5/3-00, 187.912-5/6-00, 182.452-5/0-00, 177.207-5/0-00, 204.526-5/6-00, 171.946-5/9-00, 202.837-5/0-00, 208.353-5/5-00, 203.576-5/6-00, 209.451-5/0-00, 197.264-5/6-00, 209.431-5/9-00, 208.398-5/0-00, 209.366-5/1-00, 211.215-5/3-00, 209.935-5/9-00,

211.907-5/1-00, 215.465-5/2-00, 214.029-5/6-00; 206.934-5/2-00  
(2000 and 2001).

## Canada

### Supreme Court

- *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 151 D.L.R. (4th) 577, 616 (1997)

## Colombia

### Constitutional Court

- T-484/1992, August 11, 1992; T-533/1992
- T-065/93, February 26, 1993; T-179/1993; T-328/1993, August 12, 1993;  
T-494/93, October 28, 1993; T-597/93, December 15, 1993
- T-067/94; T-068/94; T-204/94; T-571/94
- T-020/95; T-049/95; T-211/95, May 12, 1995; T-217/95, June 23, 1995; T-377/95
- T-145/96; T-180/96; T-290/96
- SU-39/1997, February 3, 1997; SU-480/1997; T-667/97
- T-153/1998; SU-225/98, May 20, 1998; T-283/1998; T-328/1998; T-329/1998;  
T-535/1998; T-580/98; T-606/1998; T-607/1998; T-652/1998, November 10, 1998
- T-366/1999; T-367/1999; T-530/1999; T-575/1999
- T-179/2000; T-376/2000; SU-1150/2000; T-1635/2000
- T-233/2001; T-327/2001; T-849/2001; T-889/2001; T-1034/2001
- T-098/2002; T-595/2002, August 1, 2002; T-671/2002, August 20, 2002;  
T-789/2002, September 24, 2002
- C-936/2003; T-1101/2003
- T-025/2004, January 22, 2004; C-038/2004, January 27, 2004;  
C-931-2004, September 29, 2004 ;C-991-2004, October 12, 2004
- T-1318/2005, December 14, 2005
- T-403/2006; T-585/2006

## Costa Rica

### **Constitutional Chamber of the Supreme Court**

- Decision 04684-2005
- Decision 13436-2005
- Decision 13216-2005
- Decision 02980-2006.

## Czech Republic

### **Constitutional Court**

- Pl. US 33/95 (1996); Pl. US 42/04, June 6, 2006.

## Germany

### **German Federal Constitutional Court**

- BVerfGE 1, 97 (104, 105)
- BVerfGE 40, 121 (133, 134)
- BVerfGE 45, 187 (229)
- BVerfGE 82, 60 (85)
- BVerfGE 87, 153 (169)
- BVerfGE 99, 246 (259)

### **German Federal Administrative Court (BVerwG)**

- BVerwGE 1,159 (161)
- BVerwGE 25, 23 (27)

## Hungary

### Constitutional Court

- 42/2000 (XI. 8.) AB, November 7, 2000

## India

### Supreme Court

- *Olga Tellis & Ors v. Bombay Municipal Council* [1985] 2 Supp SCR 51, July 10, 1985
- *Paschim Banga Khet Majoor Samity and others v. State of West Bengal and others* (1996) 4 SCC 37, AIR 1996 Supreme Court 2426, June 5, 1996
- *People's Union For Civil Liberties v. Union of India and others*, May 2, 2003
- *S. P. Gupta*, 1981 (Supp) SCC 87 (1981)
- *Sheela Barse v. Union of India and another* (1993) 4 SCC 204;
- *The Mumbai Kamgar Sabha, Bombay v. M/S. Abdulbhai Faizullabhai and others*, AIR 1976 SCC 1455 (1976)
- *Upenda Baxi v. State of U. P. & ors.*, 1982 (1) SCC 84 [502], (1983), 2 SCC 308 (1986) 4 SCC 106, AIR 1987 191

### High Court of Kerala

- *In the Matter of: Prison Reform Enhancements of Wages of Prisoners etc.*, AIR Ker 261

## Israel

### Supreme Court

- H.C. 7115/97, *Adalah, et. al. v. Ministry of Health, et. al*
- HCJ 727/00, *Committee of the Heads of Arab Municipalities in Israel v. Minister of Construction and Housing*, 56(2) P.D.79

- HCJ 2814/94, *Supreme Monitoring Committee for Arab Education in Israel v. Minister of Education, Culture and Sport*, 54(3) P.D. 233
- HCJ 2599/00, *Yated and others v. the Ministry of Education*, August 14, 2002

## Latvia

### **Constitutional Court**

- Case N° 2000-08-0109, March 13, 2001

## Lithuania

### **Constitutional Court**

- Case N° 5/96, March 12, 1997

## Nepal

### **Supreme Court**

- *Bhim Prakash Oli et. al. v. Government of Nepal et. al.*, February 8, 2006

## Pakistan

### **Supreme Court**

- *Shehla Zia and others v. WAPDA*, February 12, 1994, PLD 1994 Supreme Court 693

## Portugal

### **Constitutional Tribunal**

- Decision No 39/84, April 11, 1984,
- Decision N° 509/2002, December 19, 2002.

## South Africa

### Constitutional Court

- *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, Case CCT 23/96, September 6, 1996
- *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), October 4, 2000
- *Jaftha v. Schoeman; Van Rooyen v. Stoltz*, (2005) 1 BCLR 78 (CC) October 8, 2004
- *Khosa and others v Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC), March 4, 2004
- *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC), November 27, 1997
- *South African Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 2002 (5) SA 721, July 5, 2002

## Switzerland

### Swiss Federal Court

- *V. v. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kanton Bern*, BGE/ATF 121I 367, October 27, 1995.

## United States

### Supreme Court

- *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954)
- *Goldberg v. Kelly*, March 23, 1970, 397 US 254;
- *Honig v. John Doe and Jack Smith*, 108 S.Ct. 592, 484 US 305, 98 L.Ed.2d 686, 56 USLW 4091, 43 Ed. Law Rep. 857, 1 A.D.D. 333, January 20, 1988
- *Irving Independent School District v. Henri Tatro*, 468 US 883, 104 S.Ct. 3371, 82 L.Ed.2d 664, 18 Ed. Law Rep. 138, 1 A.D.D. 154, July 5, 1984

- *US Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528, June 25, 1973

### **Other Federal Courts**

- *Arnold v. United Artists Theatre Circuit, Inc.*, 158 FRD 439, 452 (ND Cal.), modified, 158 FRD 439, 460 (1994) (Federal Circuit Court (Northern California))
- *Molski v. Gleich*, 307 F.3d 1155, 2 Cal. Daily Op. Serv. 10,310, 2002 Daily Journal D.A.R. 11,901 (2003) (Federal Court of Appeals Ninth Circuit (Southern California))
- *Oberti v. Board of Education of the Borough of Clementon School District*, 995 F.2d 1204 (3d Cir. 1993), May 28, 1993 (Federal 3rd Circuit Court)
- *Sacramento City Unified School District v. Rachel H.*, 14 F.3d 1398 (9th Cir. 1994), January 24, 1994 (Federal 9th Circuit Court)

### **State Courts**

#### **State Supreme Court of New York**

- *Campaign For Fiscal Equity v. State of New York et al.*, 710 N.Y.S. 2d 475, January 9, 2001

#### **New York Court of Appeals**

- *Campaign For Fiscal Equity v. State of New York et al.*, 100 N. Y. 2d 893, June 26, 2003
- *Braschi v. Stahl Associates Co.*, 1989 (544 N.Y.S.2d 784)

#### **New York Appellate Division**

- *Campaign for Fiscal Equity, Inc. v. State of New York*, 2006 NYSlipOp 02284, March 23, 2006.

### **US State Supreme Courts (education funding cases)**

- *Alabama (Ex parte School*, 1997)

- Arizona (*Roosevelt Elementary School District N° 66 v. Bishop*, 1994)
- Arkansas (*Dupree v. Alma School District N° 30*, 1983)
- California (*Serrano v. Priest*, 1976),
- Connecticut (*Horton v. Meskill*, 1977 and *Horton v. Meskill*, 1985)
- Idaho (*Idaho School for Equal Educational Opportunity v. Idaho State Board of Education*, 1996)
- Kansas (*Knowles v. State Board of Education*, 1976)
- Kentucky (*Rose v. Council for Better Education*, 1989),
- Massachusetts (*McDuffy v. Secretary of the Executive Office of Education*, 1993),
- Montana (*Helena Elementary School District N° One v. State*, 1989)
- New Hampshire (*Claremont School District v. Governor*, 1993)
- New Jersey (*Robinson v. Cahill*, 1973; *Abbot v. Burke*, 1990)
- North Carolina (*Leandro v. State*, 1997)
- Ohio (*De Rolph v. State*, 1997)
- Tennessee (*Tennessee Small School Systems v. McWherter*, 1993),
- Texas (*Edgewood Independent School District v. Kirby*, 1989)
- Vermont (*Brigham v. State*, 1997)
- Washington (*Seattle School District N° 1 v. State*, 1978),
- West Virginia (*Pauley v. Kelly*, 1979)
- Wyoming (*Washakie County School District N° One v. Herschel*, 1980)

## United Kingdom

### U.K. House of Lords

- *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30

### Other courts

- *R. v. Sefton Metropolitan Borough Council, ex parte Help the Aged* (1997) 4 All ER 532 (CA)
- *R. v. Birmingham City Council, ex parte Mohammed* (1998) 3 All ER 161 (CA)

- *R. v. Islington Local Borough Council* (2001) 4 CLR 445 (QB)
- *R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* (2001) QB 213 (CA)

## Venezuela

### Supreme Court of Venezuela

- *Cruz Bermúdez y otros v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Case N° 15.789, Decision N° 916, July 15, 1999
- *Iván José Sánchez Blanco y otros c. Universidad Experimental Simón Bolívar*, June 10, 1999

## 국제 법원과 조약기구

### UN Mechanisms

#### UN Committee against Torture

- *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia*, Communication N° 161/2000, December 2, 2002

#### UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination

- *Ms. L. R. et al v. Slovakia*, Communication N° 31/2003, March 10, 2005
- *Ylimaz Dogman v. the Netherlands*, Communication N° 1/1984, September 29, 1988

### **UN Human Rights Committee**

- *Broeks v. the Netherlands*, Communication 172/1984, April 9, 1987
- *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Peru*, Communication No 1153/2003, October 24, 2005
- *X v. Colombia*, Communication 1361/2005, May 14, 2007
- *Zwaan de Vries v. the Netherlands*, Communication 182/1984, April 9, 1987

### **Regional Mechanisms**

#### **African Commission on Human Rights and People's Rights**

- *Free Legal Assistance Group, Lawyers' Committee for Human Rights, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Les Témoins de Jehovah v. Zaire*, Comm. Nos. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (Joined) (1995), October, 1995
- *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98 (2000), May 11, 2000
- *SERAC and CESR v. Nigeria*, Communication N° 155/96, October 13-27, 2001

#### **European Court of Human Rights**

- *Aakdivar and others v. Turkey*, September 16, 1996
- *Airey v. Ireland*, October 9, 1979
- *Ayder v. Turkey*, January 8, 2004
- *Azinas v. Cyprus*, June 20, 2002
- *Bilgin v. Turkey*, November 16, 2000
- *Buchen v. the Czech Republic*, November 26, 2002
- *Burdov v. Russia*, May 7, 2002
- *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, February 25 1982
- *Connors v. the United Kingdom*, May 27, 2004
- *Cyprus v. Turkey*, May 10, 2001
- *D. v. the United Kingdom*, May 2, 1997
- *Delgado v. France*, November 14, 2000

- *Demades v. Turkey*, October 31, 2003
- *Demir & Bakyara v. Turkey*, November 21, 2006
- *Domalewski v. Poland*, admissibility decision, June 15, 1999
- *Deumeland v. Germany*, May 29, 1986
- *Fadeyeva v. Russia*, June 9, 2005
- *Feldbrugge v. the Netherlands*, May 29, 1986
- *Gaygusuz v. Austria*, September, 16, 1996
- *Guerra and others v. Italy*, February 19, 1998
- *Hatton and others v. the United Kingdom*, October 2, 2001
- *Herczegfalvy v. Austria*, September 24, 1992
- *Hutten-Czapska v. Poland*, June 19, 2006
- *James and others v. the United Kingdom*, February 21, 1986
- *Johnson v. the United Kingdom*, October 24, 1997
- *Kjartan Asmundsson v. Iceland*, October 12, 2004
- *Koua Poirrez v. France*, September 30, 2003
- *Lestini v. Italy*, February 26, 1992
- *López Ostra v. Spain*, December 9, 1994
- *Luberti v. Italy*, February 23, 1984
- *Macovei and Others v. Moldova*, April 25, 2006
- *Makarova and others v. Russia*, February 24, 2005
- *Megyeri v. Germany*, May 12, 1992
- *Mellacher and Others v. Austria*, December 19, 1989
- *Mennitto v. Italy*, October 5, 2000
- *Moldovan and others (2) v. Romania*, July 12, 2005
- *Moreno v. Spain*, November 16, 2004
- *Mosca v. Italy*, February 2, 2000
- *National Union of Belgian Police v. Belgium*, October 27, 1975
- *Obermeier v. Austria*, June 28, 1990
- *Oneryildiz v. Turkey*, November 30, 2004
- *Pramov v. Bulgaria*, September 30, 2004

- *Pearson v. the United Kingdom*, August 22, 2006
- *Plotnikovy v. Russia*, February 24, 2005
- *Poznakhirina v. Russia*, February 24, 2005
- *Pravednaya v. Russia*, November 18, 2004
- *Prokopovich v. Russia*, November 18, 2004
- *Ruotolo v. Italy*, February 27, 1992
- *Salerno v. Italy*, October 12, 1992
- *Salesi v. Italy*, February 26, 1993
- *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, February 6, 1976
- *Schouten and Meldrum v. the Netherlands*, December 9, 1994
- *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, June 24, 1993
- *Selçuk and Asker v. Turkey*, April 24, 1998
- *Sharenok v. Ukraine*, February 22, 2005
- *Siliadin v. France*, July 26, 2005
- *Skorkiewicz v. Poland*, admissibility decision, June 1, 1999
- *Spadea and Scalabrino v. Italy*, September 28, 1995
- *Stec and others v. the United Kingdom*, July 6, 2005
- *Storck v. Germany*, June 16, 2005
- *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, February 6, 1976
- *Taskin and others v. Turkey*, November 10, 2004
- *Tüm Haber Sen and Çinar v. Turkey*, February 21, 2006
- *Tysiac v. Poland*, March 20, 2007
- *Van den Bouwhuijsen and Schuring v. the Netherlands*, December 16, 2003
- *Vocaturo v. Italy*, May 24, 1991
- *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*, June 4, 2002
- *Willis v. the United Kingdom*, June 11, 2002
- *Wilson & the National Union of Journalists and others v. the United Kingdom*, July 2, 2002
- *Winterwerp v. the Netherlands*, October 24, 1979
- *X v. France*, March 31, 1992

- *X v. the United Kingdom*, November 5, 1981
- *Xenides-Arestis v. Turkey*, December 22, 2005
- *Yöyler v. Turkey*, May 10, 2001

#### **European Commission of Human Rights**

- *Müller v. Austria*, admissibility decision, December 16, 1974
- *G. v. Austria*, admissibility decision, May 14, 1984

#### **European Committee of Social Rights**

- *International Association Autism-Europe v. France*, Complaint N° 1/2002, November 7, 2003
- *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, Complaint N° 1/1998, September 10, 1999
- *Quaker Council for European Affairs (QCEA) v. Greece*, Complaint N° 8/2000, April 27, 2001
- *World Organisation against Torture (OMCT) v. Greece*, Complaint N° 17/2003, January 25, 2005

#### **Inter-American Court of Human Rights**

- *Acevedo Jaramillo and others v. Peru*, February 7, 2006
- *Baena Ricardo et. Al. (270 workers) v. Panama*, February 2, 2001
- “*Five Pensioners*” *v. Peru*, February 28, 2003
- *Dismissed workers of Congress (Aguado Alfaro and others) v. Peru*, November 24, 2006
- *Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay*, September 2, 2004
- *Ituango Massacres v. Colombia*, July 1, 2006
- *Mapiripán Massacre v. Colombia*, September 15, 2005
- *Mayagna (Sumo) Community Awas Tingni v. Nicaragua*, August 31, 2001
- *Moiwana Community v. Suriname*, July 15, 2005

- *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, March 29, 2006
- *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, June 17, 2005
- *Yean and Bosico v. Dominican Republic*, September 8, 2005
- *Ximenes Lopes v. Brazil*, July 4, 2006

#### **Inter-American Commission on Human Rights**

- *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride, et al. (Social Security System) v. Argentina*, Admissibility Report, case 11.670, January 19, 2001

#### **Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina**

- CH/01/7351, *Ana Kraljevic v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, April 12, 2002
- CH/02/8923, CH/02/8924, CH/02/9364, *Doko Klickovic, Anka Pasalic and Dusko Karanovic v. Bosnia and Herzegovina, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republika Srpska*, January 10, 2003
- CH/96/29, *The Islamic Community in Bosnia and Herzegovina v. the Republika Srpska*, June 11, 1999
- CH/00/3476, *M.M. v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, March 7, 2003
- CH/01/7224, *Milenko Vuckovac v. the Republika Srpska*, February 7, 2003
- CH/00/5408, *Mina Salihagic v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, May 11, 2001
- CH/99/1714, *Mladen Vanovac v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, November 8, 2002
- CH/02/9040, *Nedeljko Latinovic v. Republika Srpska*, January 10, 2003
- CH/98/166, *Omer Bjelonja v. the Federation of Bosnia and Herzegovina*, February 7, 2003
- CH/97/67, *Sakib Zahirovic v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, July 8, 1999
- CH/02/9130, *Stana Samardzic v. Republika Srpska*, January 10, 2003

## International arbitration mechanisms

### **Mixed Claims German-American Commission**

- *Decision in the Lusitania Cases*, November 1, 1923

---

**경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행:  
사법심사가가능성 비교연구**

---

| 인 쇄 | 2009년 9월

| 발 행 | 2009년 9월

| 발행인 | **현 병 철**

| 발행처 | **국가인권위원회 인권정책본부 인권연구팀**

| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교동길 41  
금세기B/D (을지로1가 16번지)

| 전 화 | (02) 2125-9755 | F A X | (02) 2125-9733

| Homepage | [www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)

| 인쇄처 | 도서출판 **한학문화**

| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

---

ISBN 978-89-6114-169-7 93360

사전승인 없이 본 내용의 무단복제를 금함